Das fiduziarisdhe Rechtsgesdhäft im sdhweizerisdhen Zivilredht

Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristischen Fakultät der Universität Bern

vorgelegt von

Rolf Keller, Fürsprecher

von Biel

Bern — Gedruckt bei Stämpfli & Cie. — 1944

Das fiduziarische Rechtsgeschäft im schweizerischen Zivilrecht

Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristischen Fakultät der Universität Bern

vorgelegt von

Rolf Keller, Fürsprecher

von Biel

W. KRIS BIBLIOTHEK BERN

Bern — Gedruckt bei Stämpfli & Cie. — 1944

Seite

§ 4. Die Wirkungen des fiduziarischen Rechtsgeschäft . . . 51

I. Das Rechtsverhältnis zwischen Fiduziant und Fiduziar 51

Fragestellung — Theorien:

1. Die Legitimationstheorie 52
2. Die Relativitätstheorie 53
3. Theorie der resolutiv-bedingten Zuwendung . . . 54
4. Die Auffassung von Gerstle und Gubler 55
5. Die Theorie des vollen Rechtserwerbs. Meine Auffassung 57

Rechtsbeziehungen — Rechtsanwendung 58

II. Die Rechtsstellung des Fiduziars 62

III. Die Rechtsstellung des Fiduzianten 64

IV. Wirkungen gegenüber Dritten 67

V. Betreibungsrechtliche Wirkungen 68

1. Wirkung der Betreibung auf Pfändung und der Konkurseröffnung gegen den Fiduziar 68
2. Betreibung und Konkurseröffnung gegen den Fiduzianten 73
3. Die Entwicklung in Deutschland. 74

VI. Untergangsgründe und Art der Beendigung des fiduziarischen Rechtsverhältnisses 75

Abkürzungen

BGE	=	Amtliche Sammlung der Entscheide des Bundesgerichts z. B.: BGE *31* (Bd.) [2] (Abteilung) 110 (Seite).
Abh z schwR	=	Abhandlungen zum schweizerischen Recht.
Jh. Jahrb.	=	Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts.
ZBJV	=	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins.
ZSchwR	=	Zeitschrift für schweizerisches Recht.
OR	=	Schweizerisches Obligationenrecht in der Fassung vom 18. Dezember 1936.
ZGB	=	Schweizerisches Zivilgesetzbuch von 1912.
SchKG	=	Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz.

Literaturverzeichnis

Aeby: L'Acte Fiduciaire dans le Système du Droit Civil Suisse. ZSchwR *31* 2. Heft.

Brunner: Wesen und Bedeutung der englisch-amerikanischen Treuhand (trust). Berner Diss 1931.

Brütt: Die abstrakte Forderung nach deutschem Reichsrecht. Verlag Guttentag. Berlin 1908.

Dreyer: Das fiduziarische Rechtsgeschäft. Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts *40* 233.

Gerstle: Das reine Treuhandgeschäft im schweizerischen Recht. Berner Diss 1917. Abh z schwR Heft 78.

Goltz: Das fiduziarische Rechtsgeschäft. Diss Rostock 1901.

Gubler: Vertretung und Treuhand bei Anleihen nach schweizerischem Recht. Zürcher Diss 1940.

Gutstein: Das Strohmännertum im Aktienrecht. Diss Neuenburg 1927.

Kohler: Studien über die Mentalreservation und Simulation. Jh. Jahrb. *16* 90 ff.

Maday: Die sog. Gesetzesumgehung, insbesondere im schweizerischen Obligationenrecht. Berner Diss 1941. Abh z schwR Heft 189.

Marck: Die Sicherungsübereignung mit Einschluss der Sicherungsabtretung. Diss Mannheim 1917.

Rohner: Die Sicherungsabtretung von Buchforderungen. Berner Diss 1937.

Schöny: Treuhandgeschäfte. Diss Freiburg 1908.

Schultze: 1. Treuhänder im geltenden Recht. Jh. Jahrb. *43* (1901). 2. Langobardische Treuhand. Gierke: Untersuchungen zur deutschen Staats- und Rechtsgeschichte Heft 49.

Stauffacher: Zur Aussonderung fiduziarisch übertragener Werte.

Straub: Über das Treuhandrecht, unter besonderer Berücksichtigung des liechtensteinischen Gesetzes. Berner Diss 1940.

A. v. Tuhr: Die unwiderrufliche Vollmacht, aus der Festschrift, Paul Laband gewidmet, 43 f.

Töndury: Die Treuhand in rechtsvergleichender Darstellung. Diss Neuenburg 1912.

Kommentare und Lehrbücher sowie gelegentlich benützte Aufsätze und Gerichtsurteile sind in den Fussnoten angegeben.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546502_0065

Einleitung

Die fiduziarischen Rechtsgeschäfte sind ernstgemeinte Rechtsakte, deren Wirkungen den Willenserklärungen der Parteien entsprechen und durch welche der Fiduziar in die Lage versetzt wird, eine *überschiessende* Rechtsmacht, die er entweder vom Fiduzianten oder von einem Dritten übertragen erhalten hat oder selbst schon innehatte, als *Eigenberechtigter* teilweise in seinem eigenen Interesse oder ausschliesslich in demjenigen des Fiduzianten zu verwalten; er verpflichtet sich deshalb durch Nebenabrede (fiduziarische Vereinbarung) obligatorisch, die ihm übertragenen Rechte nach Weisungen des Fiduzianten oder einem bestimmten Zweck entsprechend auszuüben und nach Widerruf des Verwaltungsauftrages oder nach Erreichung des Zwecks an seinen Vertragspartner oder an einen Dritten rückzuübertragen, wobei diese Vereinbarung nur gültig ist, wenn kein von der Rechtsordnung verpönter Erfolg erzielt wird.

Die Richtigkeit dieser Definition und die sich daraus ergebenden Wirkungen aufzuzeigen, ist die Aufgabe dieser Arbeit. Sie ist ein Versuch, aus der Vielfalt der fiduziarischen Rechtsgeschäfte das Gemeinsame herauszuarbeiten und die verschiedenen sich aus dem Missverhältnis zwischen Rechtsübertragung und dem wirtschaftlichen Zweck ergebenden Fragen abzuklären.

§ 1

Historischer Überblick

I. Die fiducia des römischen Rechts

Fiduziarische Rechtsgeschäfte waren schon im römischen Recht zulässig und dienten wirtschaftlichen Zwecken, zu deren Erreichung das alte Recht noch keine Rechtsformen ausgebildet hatte.

Es handelte sich jeweils um Verfügungsgeschäfte, bei welchen die Abrede getroffen wurde, dass der das Recht erwerbende Fiduziar von dem ihm übertragenen Rechte keinen oder nur einen beschränkten Gebrauch machen dürfe. Hauptsächlich kam die Sicherungsübereignung (fiducia cum creditore contracta) oder die Übertragung von Sachen zwecks Miete, Verwahrung oder Leihe (fiducia cum amico) vor. Regelmässig handelte es sich um die Übertragung von Eigentum an Sachen. Diese Übertragung erfolgte im alten Rom durch mancipatio oder in iure cessio. Beide Übertragungsformen stellten Barkäufe dar. Mit der Zeit wurde jedoch die Barzahlung durch eine fiktive ersetzt, was auch in den feierlichen Worten des Käufers (nuncupatio) seinen Ausdruck fand. Es bestand deshalb die Möglichkeit, die mancipatio nur um einen Scheinpreis zu schliessen (venditio imaginaria). Damit bürgerte sich die mancipatio mit der Zeit als allgemeine Eigentumsübertragungsform ein und konnte daher auch zur Übertragung von Eigentum an Sachen dienen, ohne dass diese käuflich von einem Dritten erworben wurden. Damit war auch der Weg für die fiduziarische Übertragung von Eigentum frei.

Die fiducia (Treuhändervorbehalt) war ein Nebenvertrag, der in der Vereinbarung bestand, dass der Fiduziar gewisse vom Fiduzianten übertragene Sachen nach Erreichung

des vereinbarten Zwecks an den Fiduzianten rückübertrage. (Diesen Nebenvertrag nannte man *pactum fiduciae*.) Nach diesem pactum, das mündlich abgeschlossen wurde und keiner besondern Form bedurfte, erfolgte die Übertragung der Sache durch mancipatio oder in iure cessio. Dabei wurde in der nuncupatio die Klausel aufgenommen: fidei fiduciae causa, wodurch der Rechtsgrund der Eigentumsübertragung angedeutet wurde. Bei der Sicherungsübereignung wurde oft der Schuldbetrag angegeben. Der Empfänger der Sache (Fiduziar) wurde voller Eigentümer mit der obligatorischen Verpflichtung, die betreffende Sache nach Erreichung des Zwecks zurückzugeben. Als Eigentümer war er in der Lage, die Sache zu belasten oder an Dritte zu veräussern. Der Fiduziant konnte die Sache weder vom Dritten noch vom Fiduziar herausverlangen, denn er hatte keine dinglichen Rechte mehr an der Sache. Er hatte lediglich einen Schadenersatzanspruch. Durch den Abschluss des fiduziarischen Rechtsgeschäfts ging der Fiduziant ein bedeutendes Risiko ein.

Aus dem pactum fiduciae entstanden im letzten Jahrhundert der Republik zwei Klagen:

1. Die *actio fiduciae directa*. Der Fiduziant konnte nach Erreichung des Zwecks (z. B. bei der Sicherungsübereignung nach Bezahlung der Schuld) diese Klage gegen den Fiduziar erheben, wenn dieser die Sache nicht remanzipieren wollte. Jedoch konnte er dadurch die Sache nicht herausverlangen oder gegen Dritte vorgehen, die das anvertraute Gut inzwischen erworben hatten. Sprach der Praetor die Klage zu, so wurde der Fiduziar *infam* und gegenüber dem Kläger schadenersatzpflichtig.

2. Die *actio fiduciae contraria* war die Klage des Fiduziars gegen den Fiduzianten auf Ersatz des durch die Erfüllung der Vereinbarung ihm erwachsenden Schadens.

Bei der Sicherungsübereignung (fiducia cum creditore) übertrug der Schuldner dem Gläubiger durch mancipatio oder in iure cessio eine Sache zwecks Sicherstellung einer Forderung des Gläubigers. Der Gläubiger erhielt die Sache

nur fiduciae causa, mit der Verpflichtung, die Sache nach Bezahlung der Schuld zu remanzipieren. Bezahlte der Schuldner und Fiduziant nicht, so durfte der Gläubiger (Fiduziar) die Sache behalten (Verfallpfand). Veräusserte der Gläubiger die Sache, so war dieser Verkauf gültig, und der Schuldner konnte erst dann mit der actio fiduciae directa gegen ihn vorgehen, wenn er selbst die Forderung des Gläubigers beglichen hatte. Nach Bezahlung der Schuld fiel die Sache nicht ipso iure in das Eigentum des Fiduzianten zurück, sondern der Fiduziar musste die Sache durch mancipatio rückübertragen. Die einfache traditio genügte bei res mancipi nicht, sondern der Fiduziant erhielt das Eigentum erst wieder, wenn er die Sache usukapiert hatte, was hier ausnahmsweise auch bei unbeweglichen Sachen in einem Jahr der Fall war. Dabei wurde allerdings weder ein iustus titulus noch bona fides verlangt. Diese Wiedererlangung des Eigentums nannte man usureceptio.

Die fiducia cum amico diente der Verwirklichung der Leihe oder der Verwahrung, auch der Miete, zu einer Zeit, da das commodatum und depositum als selbständig klagbare Rechtsverhältnisse noch nicht anerkannt waren. Der Fiduziar verpflichtete sich, auf Verlangen des Fiduzianten die Sache rückzuübertragen. Auch hier hatte letzterer keine dinglichen Ansprüche auf Remanzipation, sondern nur eine Schadenersatzklage. Bei diesen Instituten gewann die actio fiduciae contraria besondere Bedeutung. Der Fiduziar konnte dadurch Ersatz der durch die Verwahrung verursachten Kosten verlangen. Nachdem das commodatum und das depositum ausgebildet worden waren, verlor die fiducia cum amico im 3. Jahrhundert jede Bedeutung, da sie gegenüber der einfachen und sichern Regelung der Leihe und der Verwahrung ein zu grosses Risiko für den Fiduzianten darstellte.

Im Gegensatz dazu konnte sich die fiduziarische Sicherungsübereignung neben pignus und der Hypothek halten.

Die fiduziarischen Rechtsgeschäfte erhielten nur deshalb eine derartige Bedeutung im römischen Recht, da die Rechts-

übertragungsformen streng formalistisch waren und die Entwicklung der einzelnen Rechtsinstitute hinter den Bedürfnissen des Verkehrs zurückblieb[1]).

II. Das fiduziarische Rechtsgeschäft im germanischen Recht

Das alte deutsche Recht kannte die direkte Stellvertretung nicht. Das Bedürfnis, Rechte durch Drittpersonen ausüben zu lassen, machte sich mit der Zeit geltend. Das Institut des Salmanns kam auf. Ursprünglich vermittelte der Salmann als Zwischenmann die Sale eines Gutes zwischen Verkäufer und Erwerber. Der Salmann fand auch Anwendung bei Zuwendungen auf den Todesfall, da das Testament noch nicht bekannt war[2]). War ein Vermögensteil nach dem Tode einer Person ohne Erbe, so wurde der einzusetzende Erbe durch das Volk gewählt. Diese unangenehme Sitte wurde dadurch umgangen, dass das Vermögen an einen Salmann übertragen wurde, der es nach dem Tode des Vergabenden dem eingesetzten Erben übergab. Aus dem Salmann entwickelte sich später unter kirchlichem Einfluss der Testamentsvollstrecker. Weiter wurde diese Entwicklung durch die Beschränkungen im Grundstückerwerb gefördert. War es verboten, dass ein Fremder ein Haus an der Stadtmauer besass, so liess er es durch einen Stadtburger kaufen, der als Treuhänder wirkte[3]).

Der Salmann darf dem römischen Fiduziar nicht gleichgesetzt werden. Der Treuhänder, wie er von andern genannt wird, hatte die volle Herrschaft über das anvertraute Gut, war aber durch dingliche Rechte des Treugebers am Treugut beschränkt, während der Fiduziar nach römischem Recht am empfangenen Recht voll und ganz berechtigt war und keine Beschränkung dulden musste. Der Fiduziant hatte

---

[1]) S. zu diesem Abschnitt: Czyhlarz, Lehrbuch der Institutionen 47, 131, 169, 228; Sohm, §§ 12 und 69.

[2]) Heusler, Institutionen *1* 215 ff.; Gerstle, Abh z schwR 6.

[3]) Straub 13 und dort angegebene Literatur.

gegenüber dem Fiduziar nur obligatorische Rechte. Die deutsche Salmannschaft gleicht vielmehr dem englischen *trust* (Treuhand), wie sich letzterer in Holland, England und Amerika weiterentwickelt hat. Mit der Rezeption verschwand die Salmannschaft immer mehr, da nun durch das gemeine Recht Institute gebildet worden waren, die dessen Funktionen weitgehend ersetzten.

In der 2. Hälfte des letzten Jahrhunderts wurde in Deutschland auf diese Institutionen zurückgegriffen, als der Verkehr besondere Vertretungsformen suchte. Regelsberger nannte diese Geschäfte im Anschluss an das römische Recht fiduziarische Rechtsgeschäfte. Diese Benennung ist heute allgemein anerkannt, und man versteht darunter die Wahrung fremder Interessen aus eigenem Recht.

Die deutsche Salmannschaft ist jedoch nicht ohne Einfluss auf die Lehre und Praxis der fiduziarischen Rechtsgeschäfte in Deutschland geblieben, wie noch näher bei der Behandlung der Wirkungen (§ 4 V Ziff. 3) ausgeführt werden soll.

§ 2

Die Rechtsnatur des fiduziarischen Rechtsgeschäfts

I. Das Wesen des fiduziarischen Rechtsgeschäfts

Jedes Rechtsgeschäft setzt ein gewisses Mass von Vertrauen auf seiten des Handelnden voraus. Dieses Vertrauen ist auf die Erreichung des vom Handelnden gewollten wirtschaftlichen und rechtlichen Ziels gerichtet. Die Erreichung dieses Ziels wird denn auch in den meisten Fällen durch das Gesetz geschützt. Entweder wird dem Berechtigten ein Vindikationsrecht oder ein Schadenersatzanspruch gegeben, wenn das Ziel nicht erreicht wird. Das Gesetz gibt jedoch nicht immer einen direkten Anspruch auf richtige Erfüllung, sondern oft nur Ersatzansprüche (z. B. Schadenersatz). Da das in die Erfüllung des Rechtsgeschäfts gesetzte Vertrauen, auch wenn oft nur relativ, geschützt ist, so ist es kein wesentliches Merkmal dieser Rechtsgeschäfte. Dagegen bildet das *Vertrauen* gerade die Grundlage für die zu behandelnden Rechtsverhältnisse, da die einzige Garantie für die richtige Erfüllung die Vertragstreue des Fiduziars darstellt.

Die fiduziarischen Rechtsgeschäfte lassen Rechtsverhältnisse entstehen, bei denen eine Partei (Fiduziar) Rechte als Eigenberechtigter von der Gegenpartei (Fiduziant) oder für diesen von einem Dritten erwirbt, diese Rechte aber nicht dauernd oder nicht in vollem Umfange im eigenen Interesse, sondern in dem des Fiduzianten oder eines Drittbegünstigten behalten oder verwalten soll. Dabei handelt es sich nicht um reine Scheingeschäfte, sondern die Parteien wollen die rechtlichen Wirkungen ihrer Willenserklärung, nicht nur gegenüber Dritten, sondern auch unter sich. Sie sind jedoch übereinstimmend der Meinung, dass der ihrem Willen gemässe

Rechtszustand vom Fiduziar nicht vollständig, sondern nur im beschränkten Masse oder überhaupt *nicht* ausgenutzt werden soll[1]).

Es folgen einige Beispiele, die die Vielfalt dieser Art von Rechtsgeschäften zeigen sollen:

1. A übergibt dem B eine Sache zu Eigentum. B hat gegenüber A eine Forderung. Parteien vereinbaren, dass sich B an der übertragenen Sache schadlos halten kann, wenn A die Forderung nicht innert bestimmter Frist zurückzahlt. Bezahlt A gemäss seiner Verpflichtung, so soll B die Sache rückübertragen oder an einen Dritten herausgeben (sog. Sicherungsübereignung).
2. A will in Wien bei C eine Forderung einkassieren. Da er dies von der Schweiz aus nicht ohne erhebliche Schwierigkeiten tun kann, tritt er die Forderung gegen Verrechnung an eine befreundete Firma in Wien ab, mit dem Auftrag, das Inkasso vorzunehmen.
3. Der A errichtet einen Unterstützungsfonds zugunsten armer Familienangehöriger. Er überträgt Wertschriften an den Vermögensverwalter C mit der Bestimmung, dass die Erträgnisse gemäss dem bestimmten Zweck verwendet werden.
4. A will eine Aktiengesellschaft gründen. Da für die Gründung mindestens 3 Personen nötig sind, beauftragt er B und C in ihrem eigenen Namen, jedoch auf Rechnung und im Interesse des A, Aktien in einem bestimmten Betrage zu zeichnen und sie in seinem Auftrage zu behalten und zu verwalten.

Alle diese Rechtsgeschäfte schaffen Verhältnisse, wo der Fiduziar eine weit stärkere juristische Position einnimmt, als ihm nach der wirtschaftlichen Lage zukommt. Der Fiduziar übt Rechte aus, die er wohl zu eigen erworben hat, jedoch wirtschaftlich nicht ihm, sondern dem Fiduzianten zukommen

[1]) BGE *31*[2] 109.

sollen. Er handelt aus eigenem Recht und im eigenen Namen, aber auf Rechnung des Fiduzianten.

Dieses eigenartige Verhältnis zwischen Fiduziant und Fiduziar hat einige Autoren verführt, anzunehmen, dass der Fiduziar nur gegenüber Dritten als Eigentümer, Gläubiger etc. auftrete, gegenüber dem Fiduzianten aber niemals diese Rechtsstellung besitze[1]). Vielmehr habe er nur formell die erwähnte Position, während der Fiduziant nach wie vor eigentlicher Eigentümer oder Gläubiger sei. Solcherart geteilte Rechte lassen sich nie genau in ihrem Umfange bestimmen. Diese Annahme schafft ganz unklare Rechtsverhältnisse und sie ist der Rechtssicherheit abträglich. Sie entspricht nicht mehr der herrschenden Rechtslehre[2]). Überdies würde diese Annahme auf keinen Fall in unser Rechtssystem passen, wie noch nachzuweisen sein wird.

Durch das fiduziarische Rechtsgeschäft erhält der Fiduziar immer eine überschiessende Rechtsmacht, so dass eine grosse Gefahr des Missbrauchs besteht. Grundlage dieser Rechtsgeschäfte ist denn das besondere Vertrauen, das der Fiduziant dem Fiduziar dadurch erweist, dass er ihm eine über den Zweck der Zuwendung hinausgehende Rechtsmacht einräumt, ihn zum Eigentümer oder Gläubiger statt zum blossen Pfandhalter oder Beauftragten macht[3]). Er macht den Fiduziar zum Beherrscher der anvertrauten Rechte, während er am Gegenstand der Vertrauenstätigkeit kein Recht mehr behält als das Versprechen des Fiduziars, das Recht unter Umständen rückzuübertragen oder an einen Dritten herauszugeben. Das Vertrauenselement wächst noch in seiner Bedeutung, wenn man bedenkt, dass der Gesetzgeber das fiduziarische Rechtsgeschäft als besondere Vertragsform nicht geregelt und auch keine besondern Schutzvorschriften zugunsten des Fiduzianten aufgestellt hat. Eine Ausnahme besteht nur gemäss Art. 201 SchKG, wonach dem Fiduzianten ein Aussonderungs-

[1]) U. a. Dernburg, Pandekten *1* 234.
[2]) BGE *31*[2] 109.
[3]) v. Tuhr, OR 195.

recht zugestanden wird, wenn der Fiduziar in Konkurs geraten ist und letzterer Inhaberpapiere oder Orderpapiere in Händen hat, welche bloss zum Inkasso oder als Deckung für eine bestimmt bezeichnete künftige Zahlung übergeben oder indossiert worden sind. Dieser Bedeutung des Vertrauens verdanken diese Gruppen von Rechtsgeschäften ihren Namen.

Der Fiduziant hat es allerdings in der Hand, sich den des Vertrauens würdigen Fiduziar auszusuchen. Dabei handelt es sich meistens um wohlüberlegte Rechtsgeschäfte, wo der Fiduziant von vornherein mit der Möglichkeit eines Missbrauchs seitens des Fiduziars rechnet. Er nimmt aber das Risiko in Kauf, weil er es als gering erachtet und es für ihn durch die wirklichen und vermeintlichen Vorteile mehr als aufgewogen wird[1]).

II. Zweck der fiduziarischen Rechtsgeschäfte

Die fiduziarischen Rechtsgeschäfte verdanken ihre Entstehung in erster Linie einer mit dem wirtschaftlichen Verkehr nicht Schritt haltenden Rechtsordnung, um deren Lücken auszufüllen oder um sie zu ergänzen[2]).

Obschon die heutige Rechtsordnung für alle Verkehrsformen die nötigen Rechtsinstitute zur Verfügung stellt, ist das Bedürfnis nach dem Gebrauch der fiduziarischen Rechtsgeschäfte nicht zurückgegangen. Das mag einmal darauf zurückzuführen sein, dass auch die vollkommenste Rechtsordnung nicht alle Entwicklungsmöglichkeiten voraussehen kann und dass oft Resultate herbeigeführt werden sollen, die sich auf dem Wege des Gesetzes nicht erreichen lassen oder dann doch mit unerwünschten Nebenwirkungen verbunden sind[3]). Zum andern dienen die fiduziarischen Rechtsgeschäfte der Geheimhaltung von Rechts- und Vermögenslage sowie andern Bedürfnissen des Verkehrs: Vermögensver-

[1]) BGE *39*[2] 814.

[2]) Vgl. Rechtsentwicklung im alten Rom und in Deutschland: § 1 I und II oben.

[3]) Regelsberger, Pandekten S. 519

waltung unter Übertragung der einzelnen Vermögensteile an den Verwalter; stille Beteiligung (z. B. bei der Kommanditgesellschaft); Finanzierung durch verdeckte Vertreter (Strohmännertum); Ersatz für die Personifizierung von Stiftungen; die Sicherungsübereignung von Sachen anstatt der Bestellung eines Pfandrechts; Umgehung der neuen Bürgschaftsbestimmungen: Ausstellung eines Blankowechsels verbunden mit der Übergabe an den Fiduziar, der ermächtigt wird, diesen Wechsel bei Nichterfüllung der Schuldpflicht in Umlauf zu setzen; Umgehung der Stellvertretung; Ersatz und Form für die Ausübung anderer treuhänderischer Funktionen[1]).

So sehr oft durch die fiduziarischen Rechtsgeschäfte schutzwürdige Interessen wahrgenommen werden, so bieten sie doch willkommene Gelegenheit zur Gesetzesumgehung und insbesondere zur Steuerhinterziehung, weil der Fiduziar eine Rechtsstellung einnimmt, die geeignet ist, Dritten gegenüber den wahren wirtschaftlichen Zweck der Rechtsübertragung zu verdecken. Es sind deshalb die Hemmungen zu begreifen, die einer Anerkennung der fiduziarischen Rechtsgeschäfte entgegenstehen.

III. Gegenstand der fiduziarischen Rechtsgeschäfte

Wir haben festgestellt, dass es sich bei den Rechten, die der Fiduziar verwaltet, um solche handeln muss, die im eigenen Namen auf fremde Rechnung ausgeübt werden können. Dies ist jedoch nur bei *übertragbaren* Rechten der Fall. Es wird sich deshalb immer um Vermögensrechte handeln. Persönlichkeits- und Familienrechte sind ausgeschlossen, weil diese höchstpersönlich ausgeübt werden müssen.

Das Eigentumsrecht kann ebenfalls fiduziarisch erworben werden, solange es sich um einen konstitutiven Erwerb handelt. Warum ein solcher Erwerb durch ein fiduziarisches Rechtsgeschäft undenkbar sein sollte[2]), ist nicht erfindlich. Das

[1]) F. Klausing: «Fiduziarische Rechtsgeschäfte», im rechtsvergleichenden Wörterbuch von Schlegelberger *3* (1931) 376 ff.

[2]) Gerstle 36. Die fiduziarische Eigentumsübertragung ist nach seiner Arbeit überhaupt ausgeschlossen.

fiduziarische Zuwendungsgeschäft unterscheidet sich nicht vom Vertrag, der auf die Übertragung von Eigentum gerichtet ist (714 und 656 ZGB). Hingegen ist der originäre Erwerb ausgeschlossen, da es sich hier um keine Zuwendung handelt.

Bei beschränkt dinglichen Rechten, soweit sie übertragen werden können, ist eine fiduziarische Zuwendung möglich, dürfte aber selten vorkommen.

Die Nutzniessung ist nicht übertragbar. Sie kann höchstens zur Ausübung übertragen werden. Man kann sich fragen, ob eine Übertragung zur Ausübung fiduziarisch erfolgen könne. Diese Frage muss verneint werden, denn der Nutzniesser bleibt im Besitze seines Rechts. Er hat denn auch alle Einwirkungsmöglichkeiten, um Missbräuche durch den Ausübenden zu verhindern. Vielmehr dürfte es sich dann um Simulation handeln.

Die Verdinglichung von persönlichen Rechten hat mit einer fiduziarischen Zuwendung wenig zu tun. Sie bewirkt nur eine Verstärkung der obligatorischen Rechte.

IV. Abgrenzung gegenüber ähnlichen Instituten

1. Gegenüber der Treuhandschaft des angelsächsischen Rechts

Der Fiduziar und der trustee (Treuhänder) üben beide Rechte im eigenen Namen aus, die wirtschaftlich andern Personen zukommen. In dieser Hinsicht können Fiduziar und Treuhänder nebeneinander gestellt werden. Rechtsnatur und Wirkungen des fiduziarischen Rechtsverhältnisses sind von denjenigen des Treuhandverhältnisses *grundverschieden*[1]).

Das fiduziarische Rechtsgeschäft entsteht durch Vertrag (pactum fiduciae) zwischen Fiduziant und Fiduziar. Durch das Zuwendungsgeschäft erhält letzterer die volle Rechtsmacht über den übertragenen Gegenstand und verpflichtet sich obligatorisch gegenüber dem Fiduzianten, den Gegenstand gemäss dem vereinbarten Zweck zu verwalten.

[1]) Gubler 156/157; Straub 112 ff.

Der Errichtungsakt der Treuhand jedoch ist ein *einseitiges* Rechtsgeschäft des Treugebers (settlor), in dem er dem trustee Rechte zu eigen überträgt und diesen beauftragt, mit diesen zugunsten von Begünstigten in bestimmter Weise zu verfahren. Für das Treuhandverhältnis selbst ist jedoch das Vorhandensein eines settlors nicht mehr nötig; denn nach dem Errichtungsakt hat er keine Rechte mehr am Treugut. Das Treuhandverhältnis ist ein Rechtsverhältnis zwischen dem trustee und den Begünstigten. Es besteht darin, dass der trustee mit dem Treugut nach dem im Errichtungsakt durch den Treugeber festgesetzten Zweck, nach einem Rechtssatz oder unter Umständen nach einem Gerichtsbeschluss oder gemeinsamen Beschluss aller Begünstigten zu verfahren hat.

Es gibt keine Legaldefinition im englischen Recht, ebensowenig eine zusammenfassende und systematische gesetzliche Regelung des englischen trust. Es bestehen einige wenige Gesetze, die eine Einzelheit der Treuhand ordnen, selbst jedoch unvollständig sind. Man wollte offenbar der Entwicklung des trust alle Möglichkeiten offenlassen[1]).

So ist denn auch die Frage, ob überhaupt ein Begünstigter nötig sei, in der englischen Jurisprudenz streitig. Durch die Gerichtspraxis sind auch sogenannte charitable trusts zugelassen, die eine bestimmte Personenmehrheit als begünstigt ansehen. Dennoch haben diese nie die rechtliche Machtstellung des Begünstigten; sie können z. B. keine Klage erheben, die sich gegen den trustee richtet und diesen zwingen soll, den Treuhandzweck bei der Verwaltung des Treugutes zu berücksichtigen. An deren Stelle beaufsichtigt ein Staatsbeamter die Verwaltung durch den Treuhänder und kann gegen diese Klage auf Einhaltung des Zwecks erheben.

Auch der Treugeber und der Treuhänder können als Begünstigte eingesetzt werden, sofern nicht ein von der Rechtspraxis der Gerichte verpönter Zweck verfolgt wird.

Im Gegensatz zum Treugeber, der keinen Einfluss mehr

[1]) S. zu diesem Abschnitt: Brunner 19—35; Gubler 98 ff.; Straub 15.

auf die Verwaltung des Treugutes hat, geniesst der Begünstigte eine starke Rechtsstellung gegenüber dem Treuhänder mit dem Anspruch auf Einhaltung des Treuhandzwecks. Er besitzt geradezu dingliche Einwirkungsmöglichkeiten, sowohl gegenüber dem trustee wie gegenüber dem Dritten, der unberechtigterweise in den Besitz des Treugutes gelangt. Hier zeigt sich ein grosser Unterschied gegenüber dem fiduziarischen Rechtsgeschäft im schweizerischen Recht, wo der Fiduziar gegenüber dem Fiduzianten nur obligatorisch verpflichtet ist, den fiduziarischen Zweck einzuhalten.

Von einem Begünstigten kann beim fiduziarischen Rechtsgeschäft in der Regel nicht gesprochen werden, so dass sich die Frage nach der Notwendigkeit einer begünstigten Person überhaupt nicht stellt. Es sei jedoch darauf hingewiesen, dass der fiduziarischen Vereinbarung ein Vertrag zugunsten eines Dritten als Grundlage dienen kann. Die besondere Frage, ob der Begünstigte selbständige Rechte gegenüber dem Fiduziar geltend machen kann, richtet sich nach der Vereinbarung zwischen Fiduziant und Fiduziar (Art. 112^2 OR).

Das englische Treuhandverhältnis kann auch von Gesetzes wegen entstehen (z. B. bei der ungerechtfertigten Bereicherung wird der Bereicherte als Treuhänder angesehen und dieser steht in dessen Rechten und Pflichten).

Das Vertrauen, das in den Treuhänder gesetzt wird, ist in der englischen Jurisprudenz sehr *gering*. Darauf deuten die starke Rechtsposition des Begünstigten gegenüber dem Treuhänder und die überaus scharfen Strafen für den Fall eines Treubruchs. Im Gegensatz dazu bildet gerade das Vertrauen die Grundlage für die fiduziarischen Rechtsgeschäfte, die wohl in der Praxis anerkannt, aber gesetzlich nicht geregelt sind[1]).

Der trustee handelt ausschliesslich im fremden Interesse, was beim Fiduziar nicht immer der Fall zu sein braucht (z. B. die Sicherungsübereignung)[2]).

---

[1]) S. Maday in ZBJV *79* 124.

[2]) Vgl. § 3 betreffend die Arten der fiduziarischen Rechtsgeschäfte.

Der englische Treuhänder erhält überdies gerade nur diejenigen Befugnisse, die er zur Erreichung des Treuhandzweckes braucht. Für die fiduziarischen Rechtsverhältnisse ist es gerade typisch, dass der Fiduziar eine überschiessende Rechtsmacht erhält, welche durch den wirtschaftlichen Zweck nicht gerechtfertigt ist.

Weder die Versuche, die angelsächsische Treuhand in das schweizerische Rechtssystem einzupassen, noch die Annahme, dass es sich bei den fiduziarischen Rechtsverhältnissen um Treuhandverhältnisse handle, haben bisher Erfolg gehabt. Die zentrale Stellung, die der trust im englischen Rechtsleben einnimmt, lässt sich mit dem schweizerischen Rechtssystem überhaupt nicht vereinbaren, weil unser Recht für die einzelnen Arten von Rechtsgeschäften eine besondere Regelung vorsieht. Eine Übertragung der Konstruktion des Rechtsverhältnisses zwischen trustee und Begünstigter aus dem englischen Recht, wonach der Treuhänder nach aussen Eigentümer ist, aber im Innenverhältnis durch die dinglichen Einwirkungsmöglichkeiten des Begünstigten stark in seinen Befugnissen eingeschränkt und bei seinen Handlungen weitgehend auf die Mitwirkung der Gerichte angewiesen ist, muss schon deshalb ausgeschlossen werden, weil das ZGB eine Teilung des Eigentumsrechts in ein Verhältnis nach innen und ein solches nach aussen nicht kennt.

Es dürfte ferner aus diesen Ausführungen hervorgehen, dass eine Bezeichnung der fiduziarischen Rechtsgeschäfte mit «Treuhand» (anstatt Fiduziant: Treugeber, und Fiduziar: Treuhänder) abwegig ist und zu Begriffsverwirrung Anlass gibt[1]). Es ist natürlich verständlich, wenn im Verkehr die Fremdwörter vermieden werden. Daher versteht man in der Schweiz unter dem Worte «Treuhand» oft die fiduziarischen Rechtsverhältnisse.

Mit der besondern Frage, ob die Bezeichnung einer Firma mit «Treuhandgesellschaft» zulässig sei, obschon das schweizerische Recht ein derartiges Rechtsinstitut nicht kennt,

[1]) F. T. Gubler 157 oben.

hatte sich das Bundesgericht in einem Entscheid vom 7. Juni 1942 zu befassen. Es hat dabei entschieden, dass die Firmenbildung mit dem Worte Treuhand nunmehr zulässig sei, sofern das betreffende Unternehmen sich mit Treuhandgeschäften im Sinne der herrschenden *Verkehrsauffassung* abgibt oder abzugeben gedenkt. Es ist interessant, was der Entscheid in dieser Richtung ausführt:

«Das Treuhandwesen ist in der Schweiz nicht gesetzlich geregelt. Für die Frage, was als Treuhand zu gelten hat, ist daher die Verkehrsauffassung massgebend...» «Anderseits fällt der Begriff des Treuhandwesens auch nicht schlechthin zusammen mit dem Abschluss von Treuhandverträgen im ursprünglichen Rechtssinne, d. h. Verträgen, durch die der Treuhänder die Verwaltung fremden Gutes in eigenem Namen übernimmt. Die herrschende Verkehrsauffassung legt der Bezeichnung einen umfassenden Sinn bei, indem sie das Hauptgewicht auf das Vertrauensmoment legt: Treuhänder ist derjenige, dem fremdes Gut oder fremde Interessen in irgendwelcher Form zur Betreuung übergeben werden»[1]).

Dieser der Verkehrsauffassung entsprechende Treuhandbegriff ist sehr weit. Er umfasst nicht nur die fiduziarischen Rechtsverhältnisse, sondern auch andere treuhandähnliche Institute, wie den Willensvollstrecker, Erbschaftsverwalter, Pfandhalter u. a. m.

Der schweizerische Begriff der Treuhand deckt sich also nicht mit demjenigen des englischen Rechts. Jener ist die Ausdrucksweise des Verkehrs, dieser jedoch ein juristischer Begriff. Ferner sei festgestellt, dass weder der schweizerische noch die englische Auffassung der Treuhand mit dem Begriff der fiduziarischen Rechtsverhältnisse verwechselt werden darf. Sie sind getrennt zu betrachten. Die Bedeutung der fiduziarischen Rechtsgeschäfte in der Schweiz besteht weitgehend darin, dass sie als einen willkommenen Ersatz für das fehlende Treuhandinstitut angesehen werden.

[1]) BGE *68*[1] 118.

2. Unterschied zwischen simulierten und fiduziarischen Rechtsgeschäften

Der Unterschied ist von der deutschen Jurisprudenz ausgearbeitet worden. Als erster hat Jhering die Scheingeschäfte, die er als gültig betrachtete, und die simulierten voneinander getrennt. Im Zusammenhang mit den Scheingeschäften bespricht er dann die fiduciae causa abgeschlossenen Rechtsgeschäfte und wendet jenen Gesichtspunkt auch auf diese an [1]).

Kohler und Regelsberger haben die besprochene Trennung weiterentwickelt [2]). Letzterer hat den bezeichnenden Ausdruck «fiduziarische Rechtsgeschäfte» für die von mir zu bearbeitende Rechtserscheinung unter ausdrücklicher Bezugnahme auf das römische Recht geprägt.

Die Unterscheidung wird im Anschluss an die deutsche Rechtspraxis und Lehre vom Bundesgericht durchgeführt.

Ein simuliertes Rechtsgeschäft liegt dann vor, wenn sich der wirkliche Parteiwille mit dem ausgesprochenen nicht deckt und sich die Parteien einig sind, dass das Rechtsgeschäft unter ihnen keinerlei oder doch nicht die seinem Inhalte entsprechenden Wirkungen haben soll. Es wird nur deshalb abgeschlossen, um nach aussen hin, d. h. gegenüber Dritten, den Schein eines ernstlichen Geschäfts zu erwecken [3]). Ein Zessionsvertrag z. B. erscheint als simuliert, wenn die Parteien darüber einig sind, dass die Rechtswirkung desselben: der Übergang der Forderung vom Zedenten auf den Zessionar, tatsächlich nicht eintreten, dass vielmehr nur der Schein ihres Eintritts bei Dritten erweckt werden soll [4]). Die Simulation dient dazu, ein anderes Rechtsgeschäft zu verdecken. Oft aber steht hinter dem simulierten Akt überhaupt kein Rechtsgeschäft. Der heutige Simulationsbegriff ist eher eng, während das gemeine Recht ein Scheingeschäft und da-

[1]) Jhering, Geist *2* § 46 513 ff. und *3* §§ 57 und 58.

[2]) Gerstle 4 und Gubler 156 und die bei beiden angegebene Literatur.

[3]) v. Tuhr 264; BGE *54*[2] 438; ZBJV *72* 355; BGE *31*[2] 109

[4]) BGE *31*[2] 109.

mit die Ungültigkeit schon dann annahm, wenn das vorgenommene Geschäft nicht dem wirklich verfolgten Zweck entsprach.

Der Simulation liegen zwei Rechtsgeschäfte zugrunde: Die Simulationsvereinbarung und das simulierte Geschäft. In der Simulationsvereinbarung wird abgemacht, dass das Simulationsgeschäft unter den Parteien nicht wirken soll[1]), sondern nur Dritten vorgetäuscht wird. Sie kann formlos abgeschlossen werden, während das simulierte Geschäft in den üblichen Formen, die es erfordert, getätigt wird. Die Simulation ist auch bei einseitigen Rechtsgeschäften möglich, sofern es sich um empfangsbedürftige Erklärungen handelt; denn sie setzt immer das Einverständnis der Gegenpartei voraus. Das simulierte Geschäft ist jedoch ausgeschlossen bei Erklärungen, die gegenüber einer Behörde abgegeben werden (z. B. Ausschlagung einer Erbschaft, Eheschliessung, Kindesannahme). Der Beamte ist nicht Partei und kann nicht selbst darüber entscheiden, ob die Erklärung wirken soll oder nicht.

Nach OR Art. 18 ist der übereinstimmende Wille der Parteien für die Auslegung von Rechtsgeschäften massgebend. Einerseits ergibt sich daraus die Nichtigkeit des simulierten Geschäfts, weil es ja überhaupt nicht wirken sollte, anderseits die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts unter der Voraussetzung, dass die Simulation ein anderes Rechtsgeschäft verdeckte. Die Frage der Nichtigkeit ist vom Richter von Amtes wegen zu entscheiden. Die Nichtigkeit kann gegen jeden Dritten, insbesondere gegen die Rechtsnachfolger, vorgebracht werden, sofern sich dieser nicht auf OR Art. 18[2] stützen kann, wonach ein Schuldner dem Dritten, der die Forderung im Vertrauen auf ein schriftliches Schuldbekenntnis erworben hat, die Einrede der Simulation nicht entgegenhalten kann. Ferner sind in dieser Beziehung alle andern Bestimmungen zu beachten, die zugunsten gutgläubiger Dritter aufgestellt worden sind. Ich verweise auf ZGB Art. 714, 865—867, 884, 895[1], 933—935, 938—939, 973; OR Art. 1000, 1007, 1009[2].

[1]) BGE *54*[2] 438.

Das fiduziarische Rechtsgeschäft dagegen soll gemäss Vereinbarung der Parteien nicht nur gegenüber Dritten vorgetäuscht werden, sondern auch unter den Parteien selbst wirken. Im Gegensatz zum simulierten Rechtsgeschäft ist das fiduziarische *ernst* gemeint[1]). Die fiduziarische Abmachung ist nicht mit der Simulationsvereinbarung zu verwechseln. Die erstere dient nur dazu, den Fiduziar zu verpflichten, die durch ein übliches und ernst gemeintes Rechtsgeschäft übertragene Rechtsmacht überhaupt nicht oder nur in einem bestimmten Umfange zu gebrauchen, während bei der Simulation abgemacht wird, das Rechtsgeschäft solle überhaupt nicht wirken[2]). Während das fiduziarische Rechtsgeschäft unter den in § 2 VI zu behandelnden Vorbehalten zulässig und gültig ist, ist das simulierte Geschäft *nichtig*.

Aus diesen Darlegungen erhellt, welche Bedeutung diesem Unterschied zukommt. Bei Rechtsgeschäften, die zur Täuschung Dritter abgeschlossen werden, muss deshalb immer untersucht werden, ob ein simuliertes oder ein fiduziarisches vorliegt, und damit, ob es nichtig bzw. gültig ist[3]). Diese Frage ist in Grenzfällen nicht leicht zu entscheiden. Im Zweifelsfalle sollte jedoch immer zugunsten der Parteien angenommen werden, es handle sich um ein fiduziarisches Rechtsverhältnis[4]). Diese Annahme entspricht in der Regel besser dem Willen der Parteien. Da die fiduziarische Vereinbarung eine genügende causa für das nachfolgende Rechtsgeschäft darstellt, so muss letzteres in der Regel als gültig angesehen werden. Durch diese Annahme findet das Verhältnis zwischen den Parteien eine Regelung, während die simulierten Geschäfte ungültig sind, weil sie keinen Schuld-

[1]) Oser-Schönenberger, Komm OR 17 N. 24 und OR 18 N. 9.

[2]) ZBJV *61* 567, *72* 355: En autres termes, il y a simulation lorsque les parties veulent créer l'apparence extérieur d'un acte sérieux, alors qu'entre eux il est convenu que leur déclaration n'aura aucun effet juridique ou du moins qu'il n'aura pas les effets qu'elle devrait normalement comporter.

[3]) v. Tuhr, OR 265/266; BGE *31*[2] 109.

[4]) BGE *30*[2] 296 analog.

grund haben und einen vertragslosen Zustand herbeiführen. Ein Vermögensausgleich kann unter Umständen nur noch durch Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung bewirkt werden. Durch die fiduziarische Vereinbarung dagegen erlangt der Fiduziant gegenüber dem Fiduziar obligatorische Ansprüche aus Vertrag, die jedoch keinen dinglichen Charakter haben und nur auf Leistung von Schadenersatz gehen. Der Vorteil besteht in einer Erleichterung des Beweises für den Fiduzianten.

Je intensiver die fraudulöse Absicht des Zuwendenden war, um so mehr kann man annehmen, dass er die Veräusserung ernstlich meinte[1]). Diese Überlegung bestärkt mich in der Auffassung, dass im Zweifelsfalle das Vorliegen eines fiduziarischen Rechtsgeschäftes angenommen werden soll.

Es sei noch kurz darauf verwiesen, dass die Simulation nicht als ein agere in fraudem legis angesehen werden darf. Simulation und Gesetzesumgehung schliessen einander aus. Bei der Beurteilung des simulierten Geschäfts handelt es sich um die Auslegung von Willenserklärungen der Parteien, während die Gesetzesumgehung eine Frage der Rechtsanwendung darstellt. Immer muss zuerst untersucht werden, ob Simulation vorliegt, erst dann hat es einen Wert, zu untersuchen, ob durch das zustande gekommene Rechtsgeschäft eine Gesetzesumgehung bezweckt wurde.

Es sei jedoch nicht geleugnet, dass die Simulation das Mittel zu einer tatsächlichen Umgehung abgeben kann. Es wird dann jeweils versucht, das Ziel durch die Vortäuschung eines andern Tatbestandes zu erreichen. Diese Geschäfte erfahren das gleiche Schicksal wie alle andern simulierten Rechtsgeschäfte[2]).

[1]) v. Tuhr, Komm OR 265/266; Becker, Komm OR 18 N. 19; Siegwart, Komm OR Vorbem. zu Art. 530 ff. N. 39.

[2]) S. Maday, Die sogenannte Gesetzesumgehung: Abh z schwR Heft 189 13 ff. und 34 f.

3. Abgrenzung gegenüber der indirekten Stellvertretung

Die Abgrenzung fällt hier besonders schwer, da sich die Definitionen ziemlich schneiden. Die indirekte Stellvertretung besteht im Handeln für einen andern, d. h. in fremdem Interesse, jedoch in eigenem Namen. Diesem Handeln liegt entweder ein Auftrag, Dienstvertrag, Gesellschaftsvertrag, eine Ermächtigung, wie Prokura oder Handelsvollmacht, zugrunde. Will der mittelbare Vertreter die von einem Dritten erworbenen Rechte auf den Vertretenen übertragen, so bedarf es besonderer Übertragungsgeschäfte, wie Zession etc. Erst dann hat die Stellvertretung ihren Endzweck erreicht.

Bis zu dem Zeitpunkt, wo die Übertragung stattfindet, wäre man versucht, anzunehmen, dass der indirekte Stellvertreter die Stellung eines Fiduziars innehabe. Es ist jedoch nicht Aufgabe des Stellvertreters, die erworbenen Rechte zu behalten und auszuüben, wie dies beim Fiduziar regelmässig der Fall ist (wenn auch nur im vereinbarten Umfange), sondern er soll sie an den Vertretenen übertragen. Das Verhältnis zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter wird durch den zwischen ihnen bestehenden Vertrag (Auftrag etc.) geregelt. Der Vertretene hat denn auch die nötigen Rechtsmittel in der Hand, den Vertreter zur Übertragung der im eigenen Namen, aber auf fremde Rechnung erworbenen Rechte zu veranlassen. Er hat unter Umständen sogar ein Aussonderungsrecht im Konkurs des Vertreters (Art. 401 OR).

Das Rechtsverhältnis zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter wird erst dann ein fiduziarisches, wenn durch besondere Vereinbarung (pactum fiduciae) abgemacht wird, dass der Vertreter die vom Dritten erworbenen Rechte im Interesse des Vertretenen behalten und einem bestimmten Zweck entsprechend handhaben soll.

Die Kombination der indirekten Stellvertretung mit fiduziarischen Nebenabreden kommt häufig vor (Strohmännertum). Doch wäre es verfehlt, die indirekte Stellvertretung selbst schon als ein fiduziarisches Rechtsverhältnis anzusehen. Der Vertreter ist nicht Träger des Herrschafts-

rechtes, sondern er handelt aus Vertretungsmacht[1]). Der Fiduziar dagegen handelt aus eigenem Recht.

4. Abgrenzung gegenüber andern Rechtsinstituten

Es ist schon darauf hingewiesen worden, dass viele wirtschaftliche Vertretungsverhältnisse mit dem Namen «Treuhand» bedacht werden, obschon sie mit dem juristischen Begriff der Treuhand nichts zu tun haben. Auch fiduziarische Rechtsverhältnisse werden gerne unter die gleiche Haube gestellt. Es ist nachgewiesen worden, dass dies zu einer Begriffsverwirrung führt und der rechtlichen Regelung in der Schweiz in keiner Weise gerecht wird. Wohl gibt es treuhandähnliche und nahe an die fiduziarischen Rechtsgeschäfte herantretende Formen, die jedoch ausgeschieden werden müssen:

a) Der Willensvollstrecker. Seine treuhänderischen Funktionen bestehen darin, dass er oft widerstreitende Interessen zu vertreten hat. Seine Stellung ist jedoch sehr schwach. Er kann höchstens ein wertvoller Vermittler sein. Auf den Nachlass selbst hat er keine Rechte.

b) Der Erbschaftsverwalter. Er hat eine etwas selbständigere Stellung in bezug auf den Nachlass. Die Interessen der Begünstigten kann er jedoch nur mangelhaft wahrnehmen. Er kann im Namen der Erben nicht klagen. Er muss sich zuerst von diesen bevollmächtigen lassen. Er ist nichts anderes als ein Beistand, der ein Vermögen zu verwalten hat.

c) Der Pfandhalter.

d) Übernahme der ständigen Vertretung der Besitzer von Schuldverschreibungen.

e) Vertretung und Treuhand bei Anleihen.

---

[1]) Gerstle, Abh z schwR 145 ff. Gerstle, der nicht Anhänger der Theorie der vollen Rechtsübertragung ist, nimmt an, dass der Fiduziar ein besonderes Herrschaftsrecht besitzt, das jedoch dem Recht des Fiduzianten untergeordnet ist. Da sich meine Arbeit der Theorie der vollen Rechtsübertragung anschliesst, macht sich die Auseinandersetzung einfacher. S. weiter: Oser, Komm N. 6 Vorbem. zu 32—40 OR.

f) Übernahme von Verwaltung, Überwachungs- und Revisionsfunktionen. Dieser Verwaltungsauftrag kann dann ein fiduziarischer werden, wenn dem Fiduziar die betreffenden Vermögensteile zwecks Verwaltung übereignet werden. Dies stellt im allgemeinen den Geschäftskreis der sogenannten Treuhandbüros oder Treuhandgesellschaften dar.

g) Die Übernahme der Durchführung der Konkursverwaltung und von Liquidationen.

h) Bildung von Schiedsgerichten.

i) Die Schenkung mit Auflage: Es handelt sich zwar auch hier um eine Zuwendung verbunden mit einem obligatorischen Nebengeschäft (Auflage). Jedoch sind der Zweck und die causa der Schenkung mit Auflage und des fiduziarischen Rechtsgeschäfts verschieden. Jene muss unter allen Umständen unentgeltlich sein und die Bereicherung des Beschenkten zum Zwecke haben (causa donandi). Dieses erfolgt jedoch fiduciae causa und will grundsätzlich wirtschaftlich keine Bereicherung herbeiführen. Da die Rechtsgründe verschieden sind, so handelt es sich um zwei besondere Arten von Rechtsgeschäften.

k) Die unwiderrufliche Vollmacht. Es kann sich hier nicht darum handeln, auf diese besondere Frage einzutreten, die die Unwiderruflichkeit selbst bietet. Grundsätzlich ist jede Vollmacht nach Art. 34 OR widerruflich. Es gibt aber Einzelfälle, wo eine relative Unwiderruflichkeit möglich ist. Es kann sich aber nie um eine unwiderrufliche Vollmacht von sachlich unbegrenzter Ausdehnung handeln. Die Unwiderruflichkeit kann sich aus dem der Vollmacht zugrunde liegenden Rechtsverhältnis ergeben, sofern diese vom Vollmachtgeber, wenn auch nicht ausdrücklich, gewollt war. Ein weiteres Erfordernis besteht darin, dass der Bevollmächtigte nicht nur im Interesse des Vollmachtgebers, sondern auch in seinem eigenen oder demjenigen eines Dritten

handelt, wobei dieses Interesse zumindest demjenigen des Vollmachtgebers gleichwertig sein muss. Als Beispiel sei die Erteilung einer Vollmacht zahlungshalber erwähnt: B soll aus dem Erlös einer Forderung oder einer Sache des A, über die er verfügt hat, sich für seine Forderung gegen A befriedigen. Der Bevollmächtigte verfügt hier wie ein Eigenberechtigter, ist es aber nicht. Er veräusssert eine fremde Sache in eigenem Namen. Wäre er Fiduziar, so würde er aus eigenem Recht handeln. Die Verwandtschaft mit dem fiduziarischen Rechtsgeschäft ist nur scheinbar und ist darauf zurückzuführen, dass sich der Vollmachtgeber durch die Unwiderruflichkeit der Einwirkungsmöglichkeiten auf das Handeln des Bevollmächtigten begibt[1]).

Es handelt sich meistens um Rechtsformen, die im Gesetz geregelt sind, oder um solche, die sich ohne weiteres unter eine Vertragsform des Obligationenrechts einreihen lassen (meistens Auftrag). Die betreffenden Treuhänder, um den im Verkehr üblichen Ausdruck zu gebrauchen, sind *nie* Rechtsträger, wie dies beim Fiduziar der Fall ist.

V. Die Entstehung der fiduziarischen Rechtsgeschäfte

Die rechtliche Konstruktion war früher umstritten. Das fiduziarische Rechtsgeschäft besteht darin, dass der Fiduziar ein Recht vom Fiduzianten oder von einem Dritten erwirbt oder erhält und dass vereinbart wird, das übertragene Recht sei nur dem Zweck entsprechend oder nach Weisungen des Fiduzianten zu gebrauchen. Das Geschäft zerlegt sich deshalb in zwei Teile: einerseits die fiduziarische Vereinbarung, in der die Verpflichtung des Fiduziars festgelegt wird (daher auch Verpflichtungsgeschäft genannt), anderseits das Zuwendungsgeschäft, wodurch der Fiduziar ein Vermögensrecht übertragen erhält[2]).

[1]) A. v. Tuhr: «Die unwiderrufliche Vollmacht» aus der Festschrift, Paul Laband gewidmet, 43 ff.

[2]) Gubler 133; Gerstle 34.

1. Die fiduziarische Vereinbarung oder das Verpflichtungsgeschäft (pactum fiduciae)

Die Vereinbarung ist ein obligatorischer Vertrag zwischen dem Fiduzianten und dem Fiduziar. Darin wird der Zweck der fiduziarischen Zuwendung festgesetzt oder mit andern Worten: es wird die Verpflichtung des Fiduziars umschrieben. Sie kann in bestimmten Weisungen des Fiduzianten an den Fiduziar bestehen, wie er mit dem übertragenen Rechte verfahren soll. Die Verpflichtung kann sich auch aus der allgemeinen Zweckumschreibung ergeben, so z. B. daraus, dass die Übereignung einer Sache oder die Abtretung einer Forderung sicherheitshalber erfolge. Aus dieser Zweckbestimmung ist ohne weiteres ersichtlich, dass der Fiduziar verpflichtet ist, den übertragenen Gegenstand weder zu veräussern noch zu belasten und ihn nach Erfüllung der Forderung durch den Fiduzianten wieder an diesen rückzuübertragen oder nach dessen Bestimmung an einen Dritten herauszugeben.

Diese Vereinbarung hat keine besondere Wirkung auf das später zugewendete Recht als solches. Trotz derselben wird der Fiduziar Eigentümer der Sache oder Gläubiger der Forderung. Er erhält das volle Recht zugewendet. So ist das fiduziarische Eigentum keine besondere Art des Eigentums. Der Fiduziar hat sich nur durch Nebenabrede (pactum fiduciae) obligatorisch verpflichtet[1]), sein Eigentum in bestimmter Weise auszuüben und es unter Umständen, nachdem der Zweck erreicht ist, wieder zurück- oder an einen Dritten herauszugeben[2]).

Auf die Frage, um was für eine Vertragsart es sich bei diesem pactum fiduciae handelt, muss ganz allgemein geantwortet werden, dass es keine derartige Vertragsart im schweizerischen Recht gibt. Es ist ein Vertrag sui generis. Das Gesetz macht in dieser Richtung keinen Anspruch auf

[1]) Oser-Schönenberger, Komm OR 18 N. 9.

[2]) BGE *39*[2] 809 ff.; Leemann, Komm Vorbem. zu ZGB Art. 641 N. 15.

Vollständigkeit, denn es muss mit der Vielfalt der Formen, die das Rechtsleben hervorbringt, rechnen. Darauf deutet allein schon ZGB Art. 1, wonach der Richter unter Umständen sogar befugt ist, Lücken des Gesetzes auszufüllen, indem er nach derjenigen Regel entscheiden soll, die er als Gesetzgeber aufstellen würde. Ferner ist das Vertragsrecht so gestaltet worden, dass es durch allgemeine Regeln erlaubt, für jede Vertragsart eine Regelung zu finden. Gerade diese Subsumption unter das Gesetz ist bei den fiduziarischen Rechtsgeschäften besonders schwer. Da sie verschiedenen Zwecken dienen, ist auch die fiduziarische Vereinbarung rechtlich nicht einheitlich gestaltet. Oft kann bestimmtes Vertragsrecht angewendet werden — es handelt sich meistens um Auftragsrecht —, oft aber muss durch Auslegung eine Lösung gesucht werden. Lücken dürften nach meiner Ansicht selten vorkommen, da die fiduziarischen Rechtsgeschäfte oft Zwecke verfolgen, für die das Gesetz meistens eine bestimmte Rechtsform vorgesehen hat. In diesen Fällen wird es ratsam sein, das umgangene Institut analog anzuwenden, soweit es sich mit dem Wesen des fiduziarischen Rechtsgeschäfts verträgt.

Die fiduziarische Vereinbarung wirkt für das nachfolgende Zuwendungsgeschäft kausal. Fehlt sie, so liegt überhaupt kein fiduziarisches Rechtsgeschäft vor, sondern es handelt sich dann um ein übliches Zuwendungsgeschäft. Sie ist für diese Art von Rechtsgeschäften *wesentlich* und bildet auch die Grundlage für die Unterscheidung von den simulierten Rechtsakten. Ebenfalls dient das Verpflichtungsgeschäft dazu, die verschiedenen Arten von fiduziarischen Rechtsgeschäften auseinanderzuhalten.

Der wichtigste Zweck der vollen Rechtszuwendung besteht darin, den wirklichen Parteiwillen Dritten gegenüber zu verdecken. Das Innenverhältnis unter den Parteien soll nicht in Erscheinung treten. Deshalb nannte sie Kohler[1]) *verdeckte* Rechtsgeschäfte. Doch ist das Geheimhalten der

[1]) Kohler, Mentalreservation 141 und 325 ff.

fiduziarischen Vereinbarung für die von mir zu behandelnden Rechtsgeschäfte nicht wesentlich. Aebi (162) drückt dies folgendermassen aus: L'acte fiduciaire est donc comme l'acte simulé, formé de deux conventions, l'une publique, l'autre ne concernant que les parties en cause et pour cela tenu généralement sécrète. Wohl wird dies die Regel sein. Jedoch zeigt sich immer mehr die Tendenz, auch offen, unter Aufdeckung des Innenverhältnisses zwischen den Parteien, fiduziarische Rechtsgeschäfte vorzunehmen[1]).

Das Verpflichtungsgeschäft wird formlos abgeschlossen, auch dann, wenn das nachfolgende Zuwendungsgeschäft einer besondern Form bedarf (z. B. die nachfolgende Zession). Der fiduziarischen Nebenabrede kommt nicht die Bedeutung eines Vorvertrages zu. Es ist für die Vereinbarung wesentlich, dass hier die Verpflichtung des Fiduziars festgelegt wird, wie er mit dem übertragenen Recht zu verfahren habe.

Wenn wir das Verpflichtungsgeschäft allein betrachten — dies ist wichtig, um das gegensätzliche Verhältnis zum Zuwendungsgeschäft zu untersuchen —, so ergibt sich folgende Rechtslage: Der Fiduziar verpflichtet sich, mit dem anvertrauten Gut nach Weisungen des Fiduzianten oder dem Zweck der Übertragung entsprechend zu verfahren. Das Rechtsgut gehört nicht dem Fiduziar. Er darf es weder veräussern noch belasten. Kennt ein Dritter die Abreden, so kann er, vom Verpflichtungsvertrag aus betrachtet, nicht für gutgläubig angesehen werden. Bei einer allfälligen Pfändung kann der Fiduziant mit der Widerspruchsklage oder im Konkurs mit der Aussonderungsklage den Gegenstand an sich ziehen. Es wird also keine andere Rechtslage geschaffen, als wenn der Fiduziar nur Beauftragter oder Pfandhalter etc. wäre.

2. Das Zuwendungsgeschäft

Es ist ein Rechtsgeschäft wie ein anderes auch, wobei es sich um einseitige oder zweiseitige handeln kann. Bei den

[1]) Töndury 67.

einseitigen Erklärungen kommen jedoch nur empfangsbedürftige in Betracht, denn die fiduziarischen Rechtsgeschäfte setzen immer das Einverständnis der Gegenpartei voraus.

Diese Rechtsübertragungsgeschäfte unterscheiden sich nicht von den andern üblichen Zuwendungsgeschäften. Sie werden auch in den erforderlichen Formen, die die betreffende Rechtsübertragung erfordert, abgeschlossen.

Unter den Zuwendungsgeschäften verstehe ich alle diejenigen Geschäfte, durch die der Fiduziar die fiduziarische Rechtsmacht erhalten soll. Meistens erwirbt er sie vom Fiduzianten selber, z. B. durch Eigentumsübertragung einer Sache durch den letztern an den Fiduziar oder durch Zession. Die Eigentumsübertragung ist auch in der Form des constitutum possessorium möglich, wenn damit nicht die Benachteiligung Dritter oder die Umgehung der Bestimmungen über die Faustpfandbestellung beabsichtigt wird. Aus Art. 717 ZGB ist zu schliessen, dass eine durch constitutum possessorium erfolgende Sicherungsübereignung Dritten gegenüber *unwirksam* ist.

Der Gegenstand kann aber auch von einem Dritten an den Fiduziar übertragen werden, oder es ist möglich, dass dieser vom Fiduziant ermächtigt wird, das zu verwaltende Recht bei einem Dritten zu erwerben. Es sind folgende Fälle denkbar:

a) Übertragung der Rechte durch den Fiduzianten selbst. Hierher gehört auch der Fall, wo ein obligatorischer Anspruch gegen einen Dritten an den Fiduziar übertragen wird, der auf die Herausgabe des anzuvertrauenden Gutes geht.

b) Der Fiduziant schliesst mit einem Dritten einen Vertrag zugunsten des Fiduziars. Es kann ein echter oder ein unechter sein.

c) Der Fiduziar erwirbt im eigenen Namen als indirekter Stellvertreter von einem Dritten die fiduziarisch zu verwaltenden Rechte.

d) Der Fiduziant ermächtigt einen Dritten, an den Fiduziar zu leisten, und dieser wird ermächtigt, die Leistung anzunehmen, z. B. Inkassoanweisung.

Ferner ist der Fall denkbar, wo ein Zuwendungsgeschäft überhaupt unterbleiben kann. Dies ist dann möglich, wenn der Fiduziar die nunmehr fiduziarische Rechtsmacht schon auf eigene Rechnung ausgeübt hat. Es frägt sich jedoch, ob die zugrunde liegende fiduziarische Vereinbarung nicht ein anderes Rechtsgeschäft verdeckt und von den Parteien verheimlicht wird, so dass sich dann das Verpflichtungsgeschäft als Simulationsvereinbarung entpuppt. Denn ohne besondern Grund wird der Fiduziar ein Recht, das bis anhin ihm gehörte, nicht im fremden Interesse ausüben. Es ist aber zu beachten, dass der Fiduziar nach wie vor Eigentümer bleibt, so dass tatsächlich kein Zuwendungsgeschäft mehr nötig ist. Die fiduziarische Vereinbarung kann ernst gemeint sein, ebenso die Rechtsausübung durch den Fiduziar. Aus diesen Überlegungen geht deshalb hervor, dass das Zuwendungsgeschäft für das fiduziarische Rechtsgeschäft *nicht wesentlich* ist.

Die Frage, ob sowohl die abstrakten wie die kausalen Rechtsgeschäfte für die fiduziarische Zuwendung taugen, muss besonders untersucht werden, da sie in der Theorie verschieden behandelt worden ist. Mit der rechtlichen Konstruktion Gublers[1]), wonach für die Rechtsübertragung bei den fiduziarischen Rechtsgeschäften nur die abstrakten Rechtsgeschäfte taugen und dass infolgedessen die fiduziarische Übertragung nur noch bei Forderungen möglich sei, bin ich nicht einverstanden. Obschon das schweizerische Recht das Vorhandensein ganz bestimmter Rechtsgründe *nicht* vorschreibt, geht er davon aus, dass alle fiduziarischen Rechtsgeschäfte einen Mangel im Rechtsgrund aufweisen und dass insbesondere «die Grundvorstellung des Fiduzianten nicht auf einer objektiv-rechtlichen Tatsache aufbaut, die

[1]) Vertretung und Treuhand bei Anleihen im schweizerischen Recht. Diss 1940.

die Zuwendung nötig macht»[1]). Da bei den fiduziarischen Rechtsverhältnissen Zweck und Mittel im Gegensatz zueinander stünden, fehle der vom Recht geforderte gültige objektive Rechtsgrund. Als den objektiven Rechtsgrund für einen Eigentumsanspruch nennt er den Kauf, mit andern Worten den Vertrag auf Eigentumsübertragung. Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung (Art. 62 ff. OR) zeige, dass bei mangelhaftem subjektiven Rechtsgrund die Zuwendung als gültig erachtet werde, sofern ein objektiver Rechtsgrund vorliege, dass aber deshalb ein Anspruch auf Rückerstattung entstehe. Das abstrakte Rechtsgeschäft sei allein in der Lage, einen solchen Mangel im Rechtsgrund zu überstehen. Da die abstrakte Zuwendung unabhängig vom Rechtsgrund sei, brauche ihr ein wirtschaftlicher Zweck, der sie rechtfertigt, nicht zugrunde zu liegen. Gemäss Art. 974/975 ZGB und nach der Praxis des Bundesgerichts[2]) sei sowohl der Erwerb von Grundstücken wie derjenige von Fahrnis immer kausal. In der Folge sei die fiduziarische Übertragung nur bei der Zession von Forderungen möglich.

Diese komplizierte Konstruktion, deren Schlüssigkeit sehr fraglich ist, muss abgelehnt werden, und sie lässt sich teilweise durch ihre eigenen Argumente schlagen.

Jedem Rechtsgeschäft muss eine gültige causa (Schuldgrund, Rechtsgrund) zugrunde liegen. Diese Gründe können sehr verschiedenartig sein. Das schweizerische Zivilrecht nennt keine besondern Rechtsgründe wie das römische Recht, z. B. die causa donandi, causa credendi, causa solvendi, causa fiduciae. Ist schon festgestellt, dass durch das Gesetz nicht alle Arten von Rechtsgeschäften speziell geregelt worden sind, so ist auch sicher, dass es unbeschränkte Arten von Schuldgründen gibt, allerdings immer im Rahmen des Gesetzes: OR Art. 20 bestimmt, dass Verträge, deren Inhalt unsittlich, widerrechtlich oder unmöglich ist, nichtig sind. Abweichun-

[1]) Gubler 161. Er folgt im Prinzip der Auffassung Gerstles. S. daselbst 107.

[2]) BGE 55[2] 302.

gen von den gesetzlichen Vorschriften dürfen nur vereinbart werden, wo das Gesetz nicht eine unabänderliche Vorschrift aufstellt oder die Abweichungen nicht gegen die öffentliche Ordnung, die guten Sitten oder das Recht der Persönlichkeit verstösst. Solange also ein Rechtsgrund nicht an diesen Mängeln leidet, ist er zulässig. Was versteht das Gesetz aber unter Rechtsgrund? Das Gesetz gibt in Art. 665 ZGB einige Hinweise, indem es die Erwerbsgründe für den Erwerb von Grundeigentum angibt. Dabei überspringt es interessanterweise den häufigsten Rechtsgrund und nimmt ihn als selbstverständlich an: den Vertrag oder eine andere bestehende rechtliche Verpflichtung. Der Rechtsgrund kann auch darin bestehen, dass eine Forderung auf Rückleistung oder eine Gegenleistung angestrebt wird[1]).

Jeder fiduziarischen Zuwendung liegt auch ein Rechtsgrund zugrunde: die fiduziarische Vereinbarung. Diese ist auf eine künftige Leistung des Fiduziars gerichtet, nämlich auf die Verwaltung des anzuvertrauenden Gutes. Damit er seine Aufgabe erfüllen kann, muss ihm das betreffende Recht zugewendet werden. Das pactum fiduciae gibt als Vertrag einen tauglichen Rechtsgrund für das Zuwendungsgeschäft ab, solange er nicht gegen Art. 19[2] und 20 OR verstösst. (Die Frage der Zulässigkeit wird später behandelt werden.)

Auch Gubler gibt zu, dass die fiduziarische Vereinbarung eine juristische Tatsache, ein Rechtsgeschäft darstellt[2]). Doch meint er, dass ihr Inhalt gerade den Vermögensübergang auf den Fiduziar ausschliessen wolle und dass somit dieser negative Charakter eine Zuwendung nicht rechtfertige. De facto verhält es sich aber anders. Die Parteien würden nie das Zuwendungsgeschäft vornehmen, wenn nicht das pactum fiduciae vorher abgeschlossen worden wäre. Letzteres bewirkt, dass die Parteien das Zuwendungsgeschäft ernstlich wollen. Oft sogar entsteht in der fiduziarischen Vereinbarung auch eine Verpflichtung des Fiduzianten, nämlich dann, wenn

[1]) Guhl, Obligationenrecht 56.
[2]) Vgl. v. Tuhr, Obligationenrecht § 26 IV.

das fiduziarische Rechtsgeschäft nicht nur im Interesse des Fiduzianten, sondern auch in demjenigen des Fiduziars abgeschlossen wird. Die Abhängigkeit des rechtsgeschäftlichen Willens der Parteien von der fiduziarischen Vereinbarung oder vom Verpflichtungsgeschäft zeigt deutlich die kausale Wirkung des letztern. Das Zuwendungsgeschäft hängt also von einer rechtlichen Tatsache ab, welche den Schuldgrund darstellt.

Oft wird etwa auch dahin argumentiert, der fiduziarische Zweck bilde keinen rechtfertigenden Grund im Sinne unseres Zivilrechts[1]), und der wirtschaftliche Zweck stehe im Gegensatz zu den angewendeten Mitteln. Es ist streitig, ob der Zweck dem Rechtsgrund gleichgesetzt werden kann. Dies ist nicht immer der Fall. Der verfolgte Zweck deutet mehr auf die Zukunft hin. Sicher ist, dass der Zweck die Grundlage für den Rechtsgrund abgibt und dass beide oft identisch sind. Der von den Parteien angestrebte wirtschaftliche Zweck mag allein die fiduziarische Zuwendung nicht erheischen, da die Rechtsordnung in den meisten Fällen dafür andere Institute vorgesehen hat. Dies trifft jedoch nicht immer zu. Denn die fiduziarischen Rechtsgeschäfte dienen manchmal dazu, Gesetzeslücken auszufüllen oder eine bestimmte Rechtsform zu umgehen[2]). Die Parteien verfolgen oft noch Nebenzwecke, die durch die normalen Rechtsgeschäfte nicht erreicht werden können, die jedoch schutzwürdige Interessen im Sinne des Rechts darstellen[3]).

Ist schon für jedes Rechtsgeschäft für seine Gültigkeit ein Rechtsgrund notwendig, so muss dies auch für das abstrakte Zuwendungsgeschäft nötig sein. Abstrakt wird ein Rechtsgeschäft genannt, wenn der Schuldgrund in den

---

[1]) Gubler 158.

[2]) BGE *54*[2] 439. Insbesondere anerkennt das Bundesgericht die Gültigkeit der Geschäfte per personam interpositam. Es führt aus, die Benützung einer Mittelsperson könne an sich aus beachtenswerten Beweggründen erfolgen.

[3]) Ob die Umgehung allerdings immer zulässig ist, ist eine besondere Frage und wird unter Ziff. VI behandelt werden.

Willenserklärungen *nicht* angegeben wird. Kausal ist es, wenn vom Rechtsgrund gesprochen wird. Die Abstraktheit bezieht sich daher nicht auf das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein eines Rechtsgrundes. Zweifellos eignet sich das abstrakte Rechtsgeschäft am besten zur Verdeckung des wirtschaftlichen Zwecks oder des wirklichen Rechtsgrundes. Unabhängig vom Rechtsgrund ist es nur insofern, als der Schuldner einem gutgläubigen Dritten das Fehlen eines Schuldgrundes nicht entgegenhalten kann, wenn dieser die Leistung fordert. (OR 18^2, 164^2, 514^1; a OR 811, 847.) Der Fiduziar, der eine Forderung abgetreten erhält, wäre demnach nie gutgläubig, wenn angenommen wird, das fiduziarische Rechtsgeschäft entbehre eines gültigen Rechtsgrundes, wie dies Gubler und Gerstle behaupten; denn ihre Konstruktion müsste gezwungenermassen ebenfalls auf die abstrakten Geschäfte Anwendung finden. Wäre die fiduziarische Vereinbarung nach der gegenwärtigen Rechtsordnung nicht zulässig, weil sie einen Mangel im Rechtsgrund aufweist, so müsste der Fiduziar regelmässig als bösgläubig angesehen werden. Der Schuldner könnte jeweils die Einrede des mangelnden Schuldgrundes für die Abtretung vorbringen. Die Inkassozession wäre überhaupt ausgeschlossen. Dabei sei auf Art. 201 SchKG verwiesen, wonach der Gesetzgeber selbst die fiduziarische Übertragung der Inhaber- und Orderpapiere dadurch mittelbar anerkennt, dass er dem Fiduziant ein besonderes Aussonderungsrecht gewährt.

Aus all diesen Überlegungen geht hervor, dass die fiduziarische Zuwendung einen gültigen Rechtsgrund im Verpflichtungsgeschäft findet und dass als Zuwendungsgeschäft nicht nur abstrakte, sondern auch kausale Rechtsgeschäfte in Frage kommen. Ob es sich um ein abstraktes oder um ein kausales Zuwendungsgeschäft handelt, der Charakter der fiduziarischen Rechtsübertragung bleibt immer der gleiche: Der Fiduziar erhält eine überschiessende Rechtsmacht mehr, als durch den reinen wirtschaftlichen Zweck gefordert wird.

Die Zession ist in der Regel ein abstraktes Rechtsgeschäft, was jedoch nicht hindert, dass es auch kausal abgeschlossen werden kann. Hat der Zedent eine Forderung schriftlich abgetreten, unter der Angabe, dass die Zession sicherungshalber oder zwecks Inkasso erfolge, so liegt in dieser Willensäusserung die Angabe des Rechtsgrundes: das pactum fiduciae. Dieses *offene* fiduziarische Rechtsgeschäft verhindert jedoch nicht, dass der Fiduziar Gläubiger wird. Er kann gegenüber dem debitor cessus den Anspruch ohne Beschränkung geltend machen.

Die fiduziarische Übereignung von Sachen kommt sehr häufig vor. Obschon diese Übertragung immer kausaler Natur ist, gibt doch die fiduziarische Vereinbarung zwischen Fiduziant und Fiduziar den Rechtsgrund für die der Übertragung zugrunde liegende Verpflichtung ab. Der Vertrag, der die Verpflichtung zur Sachübertragung begründet, kann aber mit oder ohne Nennung des Schuldgrundes abgeschlossen werden, so dass auch hier eine offene wie eine verdeckte fiduziarische Eigentumsübertragung möglich ist; denn letztere ist nur deshalb immer kausal, weil sie regelmässig auf einem Rechtsgeschäft fusst[1]). Das Bundesgericht hat ebenfalls die fiduziarische Übertragung von Sachen zur Verwaltung anerkannt[2]).

Man kann sich fragen, ob das fiduziarische und kausal abgeschlossene Rechtsgeschäft ohne weiteres als resolutivbedingt anzusehen sei. Es müsste demnach aus der Angabe des Rechtsgrundes auf den Willen der Parteien geschlossen werden, wonach diese das Zuwendungsgeschäft als dahingefallen betrachten, wenn der fiduziarische Zweck erreicht oder unerreichbar geworden ist. Eine solche auflösende Bedingung wäre z. B. bei der Sicherungsabtretung von Forderungen anzunehmen, sofern dieser Vorbehalt in die Abtretungserklärung aufgenommen worden ist. Dies würde be-

[1]) S. insbesondere betreffend der Eigentumsübertragung an Fahrnis: BGE *55*[2] 302.

[2]) S. BGE *39*[2] 814.

wirken, dass nach der Tilgung der Schuld durch den Fiduzianten die Sicherungsforderung ipso iure wieder an diesen zurückfallen würde. Die auflösende Bedingung wirkt dinglich und führt eine wesentliche Verstärkung der Rechtsstellung des Fiduzianten herbei: er ist nicht auf die Rückübertragung der Forderung durch den Fiduziar angewiesen, die überdies noch in schriftlicher Form zu erfolgen hat. — Eine allgemeine Antwort auf diese Frage kann nicht gegeben werden. Gerade die Sicherungsabtretung wird oft abstrakt vorgenommen. Die Ansicht Marcks[1]), der annimmt, dass sie immer resolutiv-bedingt sei, ist deshalb nicht berechtigt. Eine ähnliche Schwierigkeit zeigt sich bei der Eigentumsübertragung. Diese ist im schweizerischen Recht immer kausal, auch dann, wenn die fiduziarische Nebenabrede nicht in das Verpflichtungsgeschäft zur Übereignung aufgenommen worden ist. Aus diesen Darlegungen ist ersichtlich, dass nicht jedes fiduziarische Rechtsgeschäft, das kausal abgeschlossen worden ist, als resolutiv-bedingt angesehen werden darf. Vielmehr muss in jedem einzelnen Fall das Vorhandensein einer solchen Bedingung geprüft werden, indem auf die Parteierklärungen abgestellt werden muss.

Gubler führt weiter aus, dass das Fehlen das subjektiven Rechtsgrundes beim Zuwendungsgeschäft einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung entstehen lasse. Da nun das fiduziarische Rechtsgeschäft mit einem solchen Mangel behaftet sei, so bestehe auch hier für den Fiduzianten die Möglichkeit der Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung gegen den Fiduziar[2]).

Diese Möglichkeit besteht natürlich immer, wenn jemand etwas erhalten hat, das ihm nicht oder nicht mehr zukommt. Da ich aber der Ansicht bin, dass die fiduziarische Vereinbarung grundsätzlich zulässig ist und dass das Zuwendungsgeschäft an keinem Mangel leidet, so kommt dieser Ent-

[1]) Marck, Die Sicherungsübereignung mit Einschluss der Sicherungsabtretung 1917 39 f.

[2]) Gubler 161.

stehungsgrund der Obligation erst in letzter Linie. Das Verhältnis zwischen Fiduziant und Fiduziar ist im pactum fiduciae als einem Vertrag geregelt. Sobald der Zweck der fiduziarischen Übertragung erreicht ist, hat der Fiduziant einen obligatorischen Anspruch auf Rückerstattung oder auf Herausgabe an einen Dritten. Erfüllt der Fiduziar diese Verpflichtung nicht, so wird er wegen Nichterfüllung des Vertrages schadenersatzpflichtig. Dieser vertragliche Anspruch schliesst die Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung aus.

Ebenso wie beim Verpflichtungsvertrag soll die Rechtslage, welche durch das Zuwendungsgeschäft allein geschaffen worden ist, kurz betrachtet werden: Die dem Fiduziar übertragenen Rechte gehen in dessen Vermögen über. Er wird Eigentümer oder Gläubiger, und zwar ohne jede nach aussen wirksame Beschränkung. Auch für ihn gelten die Rechtssätze des gutgläubigen Erwerbs. Gegenüber Dritten gilt er als Eigentümer, auch wenn diese wissen sollten, dass er den Gegenstand als Fiduziar besitzt. Beim Tode des Fiduziars fällt das Gut in seinen Nachlass und wird von den Erben durch Gesamtnachfolge mit dem übrigen Vermögen erworben. Diese klare Rechtsstellung hat der Fiduziar nicht nur gegenüber Dritten, sondern auch gegenüber dem Fiduzianten.

3. Das Verhältnis zwischen der fiduziarischen Vereinbarung und dem Zuwendungsgeschäft

Die beiden Rechtsgeschäfte bilden wirtschaftlich eine Einheit, obschon sie grundsätzlich voneinander zu trennen sind. Diese starke Selbständigkeit lässt sie denn auch ganz verschieden aufeinander wirken. Wie die jeweilige Darstellung der Rechtslage gezeigt hat, stehen sie gerade in einem Gegensatz zueinander. Es ist nicht leicht festzustellen, welches von beiden sich als stärker erweist.

Der fiduziarischen Vereinbarung wird oft nur *negativen* Charakter zugeschrieben. Sie ist immer eine Abmachung, die auf Zerstörung der an den Fiduziar übertragenen Rechts-

macht gerichtet ist[1]). Dies ist als allgemeines Merkmal richtig, aber dieser Charakter besteht nicht exklusiv. Das Verpflichtungsgeschäft enthält dazu noch Voraussetzungen, die die Zuwendung rechtfertigen. Wäre es nur vernichtender Natur, so entbehrte die Zuwendung des Rechtsgrundes und letztere wäre umsonst erfolgt. Ich bin dagegen der Ansicht, dass die fiduziarische Vereinbarung sowohl ein *konstitutives* Element, das die causa für die Zuwendung abgibt, als auch einen vernichtenden Teil aufweist, der die Verfügungsgewalt des Fiduziars beschränken soll[2]). Denn diese Beschränkung, zu der sich der Fiduziar verpflichtet, bildet den Verpflichtungsgrund, der den Fiduzianten veranlasst, die Zuwendung vorzunehmen[3]). Daraus ist deutlich die grosse Abhängigkeit des Zuwendungsgeschäfts vom Bestehen und von der Gültigkeit der fiduziarischen Vereinbarung ersichtlich.

Fehlt sie also, so liegt überhaupt kein fiduziarisches Rechtsgeschäft vor. Wird sie aus irgendeinem Grunde ungültig oder einseitig unverbindlich (Widerrechtlichkeit, Unsittlichkeit, Unmöglichkeit, unerlaubte Gesetzesumgehung, Irrtum, Drohung, Furcht, absichtliche Täuschung oder Übervorteilung, was hier unter Umständen der Fall sein kann), so entbehrt das Zuwendungsgeschäft des Rechtsgrundes und es ist nichtig. Die angegebenen Gründe einer solchen Nichtigkeit oder einseitigen Unverbindlichkeit sind immer im Verpflichtungsvertrag zu suchen, auch wenn sie im Zuwendungsgeschäft zu liegen scheinen, sofern die Zuwendung vom Fiduzianten ausgeht. Anders steht es, wenn das anvertraute Gut zuerst von einem Dritten erworben werden muss. Hier ist es möglich, dass die Nichtigkeits- und Unverbindlichkeitsgründe entweder im pactum fiduciae oder in der Person des Dritten liegen können, und es treten die gesetzmässigen Folgen

[1]) Dreyer 238, 242.

[2]) Gleicher Ansicht Goltz 12. Gerstle 53 ebenfalls, er wagt aber nicht, die logische Konsequenz zu ziehen. Er führt aus, dass sie wohl als causa dienen könne, aber keinen Rechtsgrund darstelle, s. N. 2 daselbst.

[3]) S. dazu § 2 V Ziff. 2 das oben unter Rechtsgrund Ausgeführte.

für das Zuwendungsgeschäft ein. Das Verpflichtungsgeschäft fällt ebenfalls dahin, da die Parteien es unter der selbstverständlichen Resolutivbedingung geschlossen haben, dass dem Erwerb des Rechts durch den Fiduziar bei einem Dritten keine Schwierigkeiten entgegenstehen. Nichtigkeitsgründe des Art. 20 OR liegen jedoch auch hier praktisch schon im Verpflichtungsvertrag, weil das verfolgte Ziel widerrechtlich, unsittlich oder schon von Anfang an unmöglich war. Doch sind gerade in diesen Fällen die Schutzbestimmungen für gutgläubige Dritte zu beachten (OR 18[2]; ZGB Art. 714, 865—867, 884, 895, 933—935, 938—939).

Umgekehrt macht ein Mangel im Zuwendungsgeschäft (z. B. Formmängel) die fiduziarische Vereinbarung nicht nichtig, da der Fehler in der Regel als verbesserlich gelten muss, dies immer unter der Voraussetzung, dass es sich nicht um einen mittelbaren Fehler handelt, der schon in der fiduziarischen Vereinbarung zu suchen ist. Eine Ausnahme kann in der Unmöglichkeit des Zuwendungsgeschäfts liegen, wenn die Unmöglichkeit schon von Anfang an bestand, d. h. wenn diese in den Zeitraum zwischen Abschluss des Verpflichtungsvertrages und des Zuwendungsgeschäfts fällt und sie von keiner der Vertragsparteien zu verantworten ist. In diesem Falle wird die fiduziarische Vereinbarung gegenstandslos. Wird die Unmöglichkeit durch den Fiduziar veranlasst, so entsteht ein Schadenersatzanspruch zugunsten des Fiduzianten, und zwar aus mangelhafter Erfüllung des Verpflichtungsvertrages.

Die Wirkung der beiden Rechtsgeschäftsarten aufeinander steht immer im Zeichen der Gegensätzlichkeit von Mittel und Zweck. Die Rechtsübertragung wäre in Ansehung des üblichen Zweckes nicht erforderlich (z. B. ist für die Sicherstellung eine Übereignung der Sache nicht nötig; es genügt ein Pfandvertrag), wenn eben nicht Nebenzwecke verfolgt würden, die vom Gesetzgeber nicht berücksichtigt worden sind. Wirtschaftlich betrachtet sollte das Vermögen des Fiduziars durch die Rechtszuwendung nicht vermehrt werden.

Die fiduziarische Vereinbarung ist jedoch ein untaugliches Mittel zur Erreichung dieses Ziels. Als obligatorischer Vertrag vermag sie die dingliche Wirkung des Zuwendungsgeschäfts nicht zu durchstossen. Es sind deshalb die Tendenzen zu verstehen, die für den Fiduzianten mehr Einflussmöglichkeiten auf das übertragene Gut nicht nur gegenüber dem Fiduziar, sondern auch gegenüber Dritten, die es unbefugterweise erworben haben, fordern.

Über die Frage, wie sich die Vereinbarung und das Zuwendungsgeschäft auf die Rechtsstellung des Fiduzianten und des Fiduziars auswirken, sind in der Rechtslehre Theorien aufgestellt worden, die an die verschiedenen Rechtssysteme eine Anpassung suchen oder die den mannigfaltigen Interessen des Fiduzianten oder des Dritten entgegenkommen wollen. Doch darauf soll zurückgekommen werden, wenn vom Rechtsverhältnis zwischen Fiduziant und Fiduziar die Rede ist. S. § 4 I.

VI. Die Zulässigkeit der fiduziarischen Rechtsgeschäfte im schweizerischen Recht

Die Lösung der Frage, ob die fiduziarischen Rechtsgeschäfte als zulässig oder als widerrechtlich zu betrachten seien, war in der Rechtslehre streitig. In der Schweiz wie in Deutschland anerkennt man seit langer Zeit, dass sie nicht als verboten zu betrachten seien. In den romanischen Rechtsgebieten, besonders in Frankreich, scheint bis heute die Auffassung zu überwiegen, dass eine solche ausdrückliche Legitimierung der fiduziarischen Rechtsgeschäfte im Grunde genommen eine Art von Kapitulation des Gesetzgebers vor gewissen staatspolitisch oft nur scheinbar berechtigten wirtschaftlichen Interessen bedeute. Damit verbindet sich der Glaube an die Allmacht des Gesetzgebers. Immerhin hat man auch in Frankreich die sogenannten Geschäfte per interpositam personam (convention de prête-nom) als zulässig erachtet. Andere sind der Ansicht, dass es einem Bedürfnis der Rechtssicherheit entspreche, solche nicht immer einwandfreien

Rechtshandlungen als nichtig zu erklären[1]). Weitere Gründe für die Hemmungen bei der Anerkennung zeigen sich auch deshalb, weil die fiduziarischen Rechtsgeschäfte weitgehend dem Geheimhaltungsbedürfnis von Rechts- und Vermögenslage dienen, was nicht im Gemeininteresse liege[2]).

Das fiduziarische Rechtsgeschäft ist im schweizerischen Zivilrecht als besondere Rechtsform überhaupt nicht geregelt. Es fällt daher unter die Bestimmung des Art. 19 OR, wonach der Inhalt eines Vertrages innerhalb der Schranken des Gesetzes beliebig festgestellt werden darf. Grundsätzlich müssen daher die fiduziarischen Rechtsgeschäfte als zulässig betrachtet werden, solange die Parteien nicht einen von der Rechtsordnung verpönten Zweck herbeiführen wollen (z. B. die Abänderung einer zwingenden Vorschrift, einen Verstoss gegen die öffentliche Ordnung oder gegen die guten Sitten, oder die unzulässige Beschränkung der persönlichen Freiheit)[3]).

Das Bundesgericht hat denn auch die Zulässigkeit fast als selbstverständlich angenommen. Es führt aus, dass insbesondere die Benützung einer Mittelsperson an sich aus beachtenswerten Beweggründen erfolgen könne und sie häufig sogar einen gebotenen Schutz gegen neugierige Nachspürungen und feindliche Übergriffe biete, so dass es ein ungebührlicher Eingriff in die freie Bewegung des Verkehrs wäre, diesen Rechtsgeschäften den Rechtsschutz zu versagen[4]). Damit allerdings ist nur vom Bedürfnis über den Rechtsweg gesprochen und nichts Entscheidendes über dessen Zulässigkeit nach Gesetz. Immerhin spielt die Schutzwürdigkeit des Zwecks eine Rolle bei der Beurteilung einer unerlaubten Gesetzesumgehung.

---

[1]) S. ein Zitat im Komm Oser-Schönenberger, OR Art. 18 N. 9.

[2]) F. Klausing im rechtsvergleichenden Wörterbuch von Schlegelberger *3* 376 ff.

[3]) BGE *44*[2] 224.

[4]) BGE *34*[2] 757: «Cette cession fiduciaire est un de ces contracts dans lesquels le moyen juridique depasse le but économique visé, mais qui n'ont rien d'illicite.» S. ferner BGE *54*[2] 440 und Kohler: Jahrbücher für Dogmatik *16* 143.

Auch der Gesetzgeber hat das Bestehen von fiduziarischen Rechtsverhältnissen anerkannt, dadurch, dass er in Art. 201 SchKG ein besonderes Aussonderungsrecht für den Fall vorgesehen hat, wo dem Schuldner durch fiduziarisches Rechtsgeschäft Inhaber- oder Orderpapiere zum Inkasso oder als Deckung übergeben oder indossiert worden sind. Auch dies spricht dafür, dass diese Geschäfte im Zweifel als erlaubt zu betrachten sind (in dubio pro libertate).

Der Zweck des fiduziarischen Rechtsgeschäfts besteht meistens darin, einen Erfolg herbeizuführen, der normalerweise mit den üblichen Rechtsmitteln dem Parteiwillen genau entsprechend nicht erbracht werden könnte. Es können deshalb Zwecke verfolgt werden, die die Rechtsordnung gerade ausschliessen wollte. Ferner ist es möglich, dass wirtschaftliche Zwecke verfolgt werden, für die das Gesetz Institute vorgesehen hat, die Parteien jedoch gerade die Anwendung dieser Normen ausschliessen wollen. In beiden Fällen besteht die Gefahr eines *in fraudem legis agere* oder eines Rechtsmissbrauchs. Es muss deshalb untersucht werden, wann eine unerlaubte Gesetzesumgehung vorliegt. In den folgenden Ausführungen sollen die Grundsätze dargelegt werden, bei deren Vorliegen die unerlaubte Gesetzesumgehung angenommen werden muss, wodurch das fiduziarische Rechtsgeschäft rechtswidrig wird. Dabei kann es sich natürlich nicht um eine abschliessende Würdigung des in fraudem legis agere handeln, da dies über den Rahmen dieser Arbeit hinausginge.

Unter *Umgehung* versteht man immer eine Tatbestandsveränderung mit dem Zwecke, dass eine bestimmte Norm nicht angewendet werden kann, obwohl dies normalerweise der Fall sein sollte.

Das Gesetz stellt an bestimmten Orten, wo eine besondere Gefährdung besteht, Umgehungsverbote auf. Für die fiduziarischen Rechtsgeschäfte sind insbesondere 3 dieser Verbote wichtig:

a) Art. 717 ZGB. Das constitutum possessorium soll nicht dazu dienen, Dritte zu benachteiligen oder die Bestim-

mungen über das Faustpfand zu umgehen, ansonst es unwirksam ist.

b) Art. 527 Ziff. 4 ZGB. Die Entäusserung von Vermögenswerten, sofern sie vom Erblasser zum Zwecke der Umgehung der Verfügungsbeschränkung vorgenommen worden sind, unterliegt der Herabsetzungsklage. Das Bundesgericht hat in diesem Falle das Vorliegen einer eventuellen Umgehungsabsicht als genügend erachtet [1]).

c) Art. 691 OR. Die Überlassung von Aktien zur Ausübung des Stimmrechts in der Generalversammlung ist *unstatthaft*, wenn damit die Umgehung der Stimmrechtsbeschränkung bezweckt wird. Es handelt sich um einen sehr praktischen Fall des Strohmännertums [2]).

Diese wenigen Bestimmungen genügen natürlich nicht, um einen wirksamen Schutz gegen die Umgehungsgefahr zu bilden. Das Gesetz gibt uns einen Anhaltspunkt in Art. 19[1] OR, wonach Vereinbarungen, die von den gesetzlichen Bestimmungen abweichen, nur dann zulässig sind, wenn das Gesetz nicht eine *unabänderliche* Vorschrift aufstellt. Daraus geht hervor, dass eine Umgehung im juristischen Sinne nur bei zwingenden Normen möglich ist. Wird die Anwendung einer andern Bestimmung vermieden, so muss dies im Sinne der Vertragsfreiheit als zulässig betrachtet werden. Das Gesetz vermittelt jedoch keinen juristischen Umgehungsbegriff. Ohne einen solchen kommen wir aber nicht aus, wenn wir die Zulässigkeit der fiduziarischen Rechtsgeschäfte untersuchen wollen, weil bei diesen eine technische Umgehung immer vorliegt. Während bei den oben zitierten Verboten das Vorhandensein eines bestimmten Tatbestandes genügt, müssen beim allgemeinen Verbot besondere Voraussetzungen zutreffen:

a) Es muss eine Tatbestandsänderung vorliegen, wodurch die Anwendung einer Norm vermieden wird.

---

[1]) BGE *50*[2] 455.
[2]) Gutstein 23.

b) Es muss eine Umgehungsabsicht vorhanden sein. Das Vorliegen einer solchen Absicht wird auch vom Bundesgericht verlangt[1]). Diesbezüglich können jedoch keine strengen Anforderungen gestellt werden. Der Handelnde hat in der Regel einen wirtschaftlichen Erfolg beabsichtigt. Selten betrifft seine Vorstellung ein bestimmtes juristisches Resultat. Wesentlich ist vielmehr, dass die betreffende Person bewusst einen verpönten oder unmöglichen Erfolg entgegen dem Zweck der umgangenen Vorschrift erreichen will[2]).

c) Es ist erforderlich, dass die Vereitelung eines bestimmten Zwecks einer Gesetzesbestimmung bewirkt wird. Der erreichte materielle Erfolg muss verpönt sein. Ob dies nun im Einzelfalle zutrifft, ist eine Auslegungsfrage: «Es muss dabei untersucht werden, ob die in Frage stehende Rechtsnorm die Erreichung eines bestimmten Erfolges überhaupt verbieten oder doch nur unter Beobachtung gewisser, der Parteiwillkür entzogener Schranken gestatten will, oder aber, ob sie bloss die Mittel und Wege zu einem bestimmten Ziel regeln und nicht dieses selbst verbieten will, in welchem Fall der Erreichung eines ähnlichen Resultats durch Benützung anderer Rechtsnormen nichts entgegensteht.»[3]) Es muss sich also immer um eine zwingende Norm handeln, die umgangen worden ist und die den angestrebten Erfolg, weil verpönt, eben ausschliessen will.

Die Gesetzesumgehung richtet sich gegen den Sinn und Zweck der Rechtsordnung, der darin besteht, den Rechtsverkehr durch Normen in verbindlicher Weise zu regeln. Wurde deshalb ein fiduziarisches Rechtsgeschäft mit der Ab-

---

[1]) BGE *59*[1] 283.

[2]) S. Maday, Gesetzesumgehung 40; Leemann, Komm Art. 717 ZGB N. 26; Escher, Komm Art. 527; ZGB N. 27; BGE *53*[2] 48, *54*[2] 429, *58*[2] 164, *64*[2] 220.

[3]) Vgl. BGE *54*[2] 440, *58*[2] 165 und dort angegebene Literatur.

sicht getätigt, durch diese Tatbestandsänderung einen verpönten Erfolg herbeizuführen, der auch durch Umgehung der zwingenden Vorschrift, die gerade den von den Parteien verfolgten Zweck ausschliessen will, erreicht worden ist, so muss es als rechtswidrig (Art. 20 OR) und infolgedessen als nichtig betrachtet werden.

Das Bundesgericht hatte wiederholt Gelegenheit, sich mit dieser Frage zu befassen. So hat es einige Fälle nicht als Umgehung geahndet: z. B. die Forderungsabtretung sicherungshalber, die fiduziarische Abtretung eines Anspruchs zur Einklagung, damit der Zedent als Zeuge auftreten kann, Duldung des Strohmännertums bei Gesellschaftsgründungen, fiduziarische Geschäfte zwecks Umgehung des Zwangsvollstreckungsverbots zwischen Ehegatten[1]).

Das Bundesgericht ist jedoch bei der Anwendung der Umgehungsgrundsätze sehr vorsichtig. Oft hat es ein in fraudem legis agere unter Zuhilfenahme der Simulation geahndet. Als Beispiel sei die Abtretung streitiger Ansprüche an einen Winkeladvokaten genannt. Das erste Mal, als sich das Bundesgericht damit zu befassen hatte, nahm es Simulation an. Später ahndete es den Fall als Gesetzesumgehung[2]). Dabei ist zu beachten, dass die Simulation nicht der Gesetzesumgehung gleichzusetzen ist. Jene Vereinbarung ist nichtig, weil die Parteien ihre Willenserklärungen nicht wirken lassen wollen, jene ist jedoch von den Vertragschliessenden ernst gemeint.

Oft wird Rechtsmissbrauch angenommen und das Handeln der Parteien durch Anwendung von Art. 2[2] ZGB geahndet. Wohl ist es so, dass gewisse Fälle sowohl als Rechtsmissbrauch als auch als ein in fraudem legis agere qualifiziert werden können. Der Begriff der Gesetzesumgehung geht weiter als derjenige des Rechtsmissbrauchs. Dieser bezieht sich nur auf die Ausübung eines Rechts gegen Treu und Glau-

[1]) BGE *31*[2] 111, *40*[2] 591, *46*[2] 46, *49*[3] 165, *59*[3] 87; BlZüR *35* Nr. 63.

[2]) Vgl. BGE *9* 232 und BGE *56*[2] 197.

ben, während bei jenem die Anwendbarkeit einer Norm zur Beurteilung gelangt. Es ergibt sich daraus, dass sich beide manchmal überschneiden und dass, wenn Rechtsmissbrauch nicht vorliegt, doch ein agere in fraudem legis vorliegen kann.

Fiduziarische Vereinbarungen können nur unter Privaten abgeschlossen werden. Ein Beamter kann sich nicht beteiligen, denn er besitzt nicht die freie Verfügungsgewalt über die ihm übertragenen Befugnisse. Hingegen ist es möglich, dass auf Grund einer fiduziarischen Vereinbarung mit einer Privatperson ein fiduziarisches Zuwendungsgeschäft unter Mitwirkung eines Beamten vorgenommen wird, z. B. Ausschlagung einer Erbschaft durch den testamentarisch eingesetzten Erben zugunsten eines gesetzlichen Erben zwecks Erreichung eines niedern Steueransatzes.

§ 3

Arten der fiduziarischen Rechtsgeschäfte

Die Einteilung kann auf Grund des Zuwendungsgeschäfts oder der fiduziarischen Vereinbarung erfolgen, wovon die letztere an Bedeutung gewinnt, weil sie am deutlichsten die Beziehungen zwischen Fiduziant und Fiduziar charakterisiert.

I. Die Einteilung auf Grund der fiduziarischen Vereinbarung

In der Rechtslehre sind hauptsächlich zwei Arten unterschieden worden. Schöny[1]) trennt echte und unechte Treuhandschaft, während Schultze [2]) auf Grund der gleichen Unterscheidungsmerkmale die verschiedenen Gruppen reine und gemischte Treuhandschaft nennt.

Ich frage mich, ob der Ausdruck «Treuhandschaft» aus Gründen, die schon oben dargelegt wurden, vermieden werden sollte. Dabei sei zugegeben, dass ein deutscher Ausdruck, der nur annähernd richtig das Fremdwort «fiduziarisch» ersetzt, nicht gefunden werden kann. Die Benennung mit Treuhandschaft hat sich jedoch auch in der Jurisprudenz eingebürgert und ist insbesondere von der deutschen Rechtslehre übernommen worden. Bei uns braucht man beide Wörter und meint die gleiche Rechtsgeschäftsart. Ich habe nachgewiesen, dass hinter Treuhandschaft und fiduziarischem Rechtsgeschäft ganz verschiedene juristische Begriffe stehen, so dass es sich rechtfertigt, auch bei der Benennung der Arten konsequent zu bleiben.

[1]) Schöny, Treuhandgeschäfte 38 N. 1.
[2]) Schultze, Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht 2.

Als Unterscheidungsmerkmal dient das Interesse, das der Fiduziant und der Fiduziar an der Ausübung des übertragenen Rechts haben.

1. Reine fiduziarische Rechtsgeschäfte (reine oder echte Treuhandschaft genannt)

Als rein können sie deshalb bezeichnet werden, weil der Fiduziar das übertragene Recht einzig und allein im Interesse oder nach Weisungen des Fiduzianten ausübt. Zur Beurteilung dieser Frage muss immer die zwischen Fiduziant und Fiduziar abgeschlossene Vereinbarung herangezogen werden. Diesem Verpflichtungsgeschäft liegt immer ein Auftrags- oder ein dem Auftrag ähnliches Verhältnis zugrunde: Auftrag, Dienstvertrag, Verlagsvertrag etc.[1]).

Diese Gruppe von Geschäften wird auch als Geschäfte per interpositam personam bezeichnet, weil diese darin bestehen, dass eine persönlich unbeteiligte Mittelsperson fiduziarisch mit einer rechtlichen Verfügungsmacht betraut wird, an deren Ausübung sie gar kein eigenes Interesse besitzt[2]). Die Drittperson wird deshalb vorgeschoben, weil für die Erreichung eines bestimmten Resultates der Fiduziant in seiner Rechtsstellung zu stark eingeschränkt oder weil das Institut der Vollmacht zur Erzielung eines Erfolges nicht ausreicht, z. B. Gründung einer bestimmten Gesellschaftsart durch eine Einzelperson, wobei jedoch rechtlich eine Mehrheit von Personen erforderlich ist, Umgehung des Verbotes des Erwerbs eigener Aktien durch die Gesellschaft, Umgehung des Selbstkontrahierungsverbots etc. In der Geschäftssprache werden diese Mittelspersonen, welche insbesondere zur Umgehung aktienrechtlicher Bestimmungen verwendet werden, Strohmänner genannt. Ob dieses Vorschieben von Mittelspersonen immer statthaft ist, muss nach den Regeln, die unter § 2 VI aufgestellt worden sind, untersucht werden, d. h. es darf kein vom Recht verpönter Erfolg herbeigeführt werden. Da

[1]) Vgl. BGE *56*[2] 197.
[2]) Maday, Gesetzesumgehung 56.

der Fiduziar sein Recht nur in fremdem Interesse ausübt, so kann ihm der Fiduziant laufend Weisungen zukommen lassen und auch darüber befinden, wann das Verhältnis beendigt werden soll. Im Verhältnis zum Fiduziar haben diese Weisungen rein obligatorischen Charakter, denn dieser ist voller Rechtsträger.

Zu den Geschäften per personam interpositam gehört auch die Inkassozession. Darunter ist die Abtretung einer Forderung, verbunden mit der Abrede, dass der Zessionar die Forderung nur zwecks Einziehung des Betrages beim Schuldner übertragen erhalte, zu verstehen. Diese fiduziarische Zession äussert die üblichen Wirkungen des fiduziarischen Rechtsgeschäfts: Der Fiduziar wird Gläubiger, hat sich aber verpflichtet, das Gläubigerrecht nur zwecks Inkasso auszuüben und den Erlös an den Fiduzianten herauszugeben. Letzterer verliert allerdings das Verfügungsrecht über die zedierte Forderung. Oft kann jedoch aus dem Verpflichtungsgeschäft abgeleitet werden, dass der Fiduziar sich auch an nachträgliche Weisungen zu halten hat. Da die Zession unentgeltlich erfolgt, so haftet der Fiduziant weder für den Bestand der Forderung noch für deren Eintreibbarkeit. Inwiefern er die Auslagen des Fiduziars zu ersetzen hat, ist auf Grund der fiduziarischen Vereinbarung zu entscheiden. Auch hier ist jeweils zu untersuchen, ob ein verpöntes Resultat erreicht wird, denn die fiduziarische Übertragung bezweckt natürlich die Erreichung bestimmter materieller Vorteile.

2. Gemischte fiduziarische Rechtsgeschäfte (gemischte oder unechte Treuhandschaft genannt)

Darunter gehören alle diejenigen Geschäfte, wo der Fiduziar die übertragene Rechtsmacht nicht nur im fremden Interesse, sondern auch im eigenen ausübt. Auf diese Rechtsverhältnisse kommen Auftragsgrundsätze nur beschränkt oder überhaupt nicht zur Anwendung. Während es bei den reinen fiduziarischen Rechtsgeschäften möglich ist, dass der Fiduziant auch nach der Übertragung des Rechts Weisungen

erteilen kann, wie der Fiduziar mit dem übertragenen Gegenstand zu verfahren habe, oder sogar den Widerruf erklären kann, ist dies bei den gemischten wegen Kollision mit den Interessen des Fiduziars nicht möglich.

Als Hauptfälle dieser Art sind die Sicherungsübereignung und die Zession sicherungshalber zu nennen. Hier erfolgt die Eigentumsübertragung oder die Zession deshalb, weil in einer Nebenabrede vereinbart wird, dass die Rechtsübertragung zur Sicherung einer Schuld vorgenommen werde. Der Fiduziar darf aber von seiner Eigentümer- oder Gläubigerstellung nur Gebrauch machen, wenn die Hauptschuld nicht erfüllt wird. Er hat Anspruch auf Befriedigung für den Betrag der Hauptschuld, Zinsen und Inkassospesen. Den Rest hat er zurückzuerstatten. Reicht der Erlös zur Befriedigung nicht aus, so ist der Fall gleich zu behandeln wie eine Sachübertragung oder eine Zession zahlungshalber, d. h. der nicht gedeckte Teil der Schuld kann nachgefordert werden. Bei der Zession ist der Zessionar im Zweifel befugt, die Mitteilung an den Schuldner vorzunehmen. Fehlt dieses Recht des Zessionars, so steht die Gültigkeit der Zession in Frage. Da der Fiduziant in diesen Fällen keine Weisungen erteilen kann, so richtet sich das Verhalten nach dem vereinbarten Zweck. Der Fiduziant hat ein Interesse, diese Umschreibung genau vorzunehmen und den geringen rechtlichen Schutz, den er geniesst, eventuell durch Aufnahme einer Resolutivbedingung zu verstärken.

Als weitere Beispiele können die Sicherungs- und Blankowechsel genannt werden, die von Kreditnehmern gegenüber ihren Gläubigern ausgestellt werden, um eine Bürgschaft zu umgehen. Das gleiche wird von vielen Verbänden von ihren Verbandsmitgliedern verlangt, um eine Handhabe gegen streikende Verbandsmitglieder zu haben. Die Wechsel werden beim Gläubiger und beim Verband hinterlegt, wobei diese befugt sind, beim Nichterfüllen des Vertrages oder der Verbandsstatuten die Wechsel in Umlauf zu setzen.

II. Einteilung auf Grund des Zuwendungsgeschäfts

Diese Einteilung ist für diese Arbeit von keiner grossen Bedeutung, denn sie richtet sich nach der Art des Rechtsübertragungsgeschäfts. Wir können demnach unterscheiden:

1. Zessionen,
2. Einräumung von dinglichen Rechten,
3. Wertpapiermässige Übertragungen.

§ 4

Die Wirkungen des fiduziarischen Rechtsgeschäfts

I. Das Rechtsverhältnis zwischen Fiduziant und Fiduziar

Dieses Rechtsverhältnis wird durch das wechselseitige Verhältnis von Verpflichtungsgeschäft und Zuwendungsgeschäft beherrscht. Es ist schon bei der Behandlung der Bestandteile des fiduziarischen Rechtsgeschäfts auf diesen Gegensatz hingewiesen worden. Er besteht in der Hauptsache darin, dass dem Fiduziar ein Recht übertragen wird, wobei die Übertragung des vollen Rechts dem von den Parteien beabsichtigten wirtschaftlichen Zweck nicht entspricht und die Parteien deshalb vereinbaren, dass der Fiduziar seine Rechtsmacht nur dem Zweck entsprechend ausüben solle. Die Entscheidung der Frage, inwieweit einerseits das Zuwendungsgeschäft das anzuvertrauende Recht überträgt und anderseits in welchem Masse die fiduziarische Vereinbarung die Befugnisse des Fiduziars einschränke, wird deshalb auch das Rechtsverhältnis zwischen Fiduziant und Fiduziar abklären.

Die Bedürfnisse des Verkehrs sind ebenfalls verschieden: Einerseits soll nach dem Willen des Fiduzianten das übertragene Recht nicht Bestandteil des Vermögens des Fiduziars werden. Dieser soll es ja nur im eigenen Namen, jedoch im Interesse (wenn vielleicht auch nur teilweise) des Fiduzianten ausüben. Da jedoch der Fiduziar zu diesem Zwecke das volle Recht übertragen erhalten hat, so kann er auch Verfügungen treffen, die dem Zweck des fiduziarischen Rechtsgeschäfts nicht entsprechen. Gegen solche Verfügungen sollte der Fiduziant besser geschützt sein und Rechtsmittel besitzen, wodurch er sein Recht realiter zurückerlangen kann,

und zwar sowohl gegenüber dem Fiduziar als auch gegenüber dem bösgläubigen Dritten. Aus dieser Überlegung geht die Forderung nach einem Vindikationsanspruch und einem Aussonderungsrecht im Konkurse des Fiduziars hervor. Anderseits müsste dafür Gewähr geboten werden, dass die Rechtssicherheit unter der Regelung nicht leidet, wobei zum mindesten der gutgläubige Dritte geschützt sein sollte.

Natürlich kann das Rechtsverhältnis, das im Gesetz nicht geregelt ist, nicht nur nach den Verkehrsbedürfnissen geordnet werden, sondern es muss in erster Linie die Frage geprüft werden, welche Regelung hat in unserm Rechtssystem Platz oder welche Ordnung dachte sich der Gesetzgeber.

Zu dieser Frage sind verschiedene Theorien entwickelt worden. Im folgenden soll auf die wichtigsten eingetreten werden:

1. Die Legitimationstheorie

Nach dieser Theorie kommt es den Parteien hauptsächlich darauf an, dass der Fiduziar das übertragene Recht unanfechtbar geltend machen kann. Er muss sich zur Sache legitimieren können. Diese Auffassung geht dahin, dass der Fiduziant Rechtsträger bleibt und dass er nur ein Teilrecht ohne materiellen Übergang des Rechts überträgt. Im Anschluss an einen Fall des fiduziarischen Rechtsgeschäfts hat das deutsche Reichsgericht in einem Urteil von 1889 (RG *25* Nr. 43 210) von einer «erweiterten Auffassung des Zessionsbegriffs, nach welcher unter denselben auch die Ermächtigung zur Einziehung der Forderung auf eigenen Namen ohne Abtretung des materiellen Gläubigerrechts fällt», gesprochen. Diese Ordnung hat das Reichsgericht von andern deutschen Gerichten übernommen. Sie dürfte jedoch heute nicht mehr herrschend sein. Diese Theorie hatte den Vorteil, dass sie dem Schutzbedürfnis des Fiduzianten entgegenkommt und die vorerwähnten Probleme in zufriedenstellender Weise löst.

Dagegen ist festzustellen, dass sich die Legitimation zur Sache nicht ohne Übertragung des materiellen Rechts denken lässt. Auf jeden Fall gibt es im schweizerischen Recht keine

Anhaltspunkte, die eine solche Teilung eines Vollrechts allgemein als zulässig erscheinen lässt. Wenn einzelne Fälle vorgesehen sind, so bestätigen diese Ausnahmen nur die Regel (z. B. Vertretung des eingebrachten Gutes der Ehefrau durch den Ehemann).

2. Die Relativitätstheorie[1])

Die Anhänger dieser Theorie sehen den Fiduziar nur in einer formalen Rechtsstellung. Er nimmt gegenüber Dritten eine absolute Stellung ein. Er ist Gläubiger oder Eigentümer. Im Verhältnis gegenüber dem Fiduzianten erscheint er nur als Bevollmächtigter und nicht als Rechtsträger. Es wird streng zwischen dem Innenverhältnis (Fiduziant und Fiduziar) und dem Aussenverhältnis (Fiduziar und Dritte) unterschieden[2]). Dieser Theorie liegt ebenfalls der Gedanke zugrunde, dass das anvertraute Recht wirtschaftlich eigentlich dem Fiduzianten zukomme.

Eine solche Teilung in formelle und reelle Rechtsausübende findet in unserm Gesetz keine Stütze. Schon die absolute Natur des Eigentumsrechts erlaubt eine Teilung nicht. Die Rechtssicherheit muss als gefährdet erscheinen, wenn die Parteien selbst bestimmen könnten, gegenüber wem ein Rechtsgeschäft wirken soll. «Würden die Parteien die Eigentümerstellung des Erwerbers dem Veräusserer gegenüber ausschliessen können, was hindert sie dann, zu bestimmen, dem A. B. C. gegenüber sollst Du Eigentümer werden, nicht dagegen gegenüber X. Y. Z.»[3]). Diese Auffassung versagt gegenüber dem Dritten, der vom Fiduziar den anvertrauten Gegenstand erworden hat, denn gegenüber diesem gilt er als Eigentümer. Ist sie schon rechtlich nicht fundiert, so befriedigt sie auch die Bedürfnisse des Verkehrs nicht.

[1]) Begründer dieser Auffassung: Dernburg, s. Pand. I § 100 231/232 6. Aufl. Ihm ist auch das deutsche Reichsgericht gefolgt.

[2]) Das Bundesgericht hat in BGE *31*[2] 109 zu dieser Theorie Stellung bezogen.

[3]) S. Schöny 48.

3. Theorie der resolutiv-bedingten Zuwendung[1])

Sie geht davon aus, dass die fiduziarische Vereinbarung, die den Zweck der Zuwendung umschreibe, das Zuwendungsgeschäft als resolutiv-bedingt erscheinen lasse und dass die Erreichung des Zwecks als auflösende Bedingung dinglich wirke. So würde z. B. bei der Sicherungsübereignung der anvertraute Gegenstand eo ipso in das Eigentum des Fiduzianten zurückfallen, sobald dieser die Schuld bezahlt hätte.

Diese Konstruktion wäre auch nach schweizerischem Recht möglich. Ich habe schon unter § 2 V Ziff. 2 auf diese Möglichkeit aufmerksam gemacht. Es ist jedoch zu beachten, dass sie dem Fiduzianten nur dann eine besondere Hilfe bietet, wenn die Bedingung eintrifft oder wenn feststeht, dass sie überhaupt nicht mehr eintreffen kann, mit andern Worten, wenn der Zweck des fiduziarischen Rechtsgeschäfts erreicht ist oder wenn gewiss ist, dass dies überhaupt nie der Fall sein wird. Dann allerdings fällt das Recht ipso iure auf den Fiduzianten zurück, er ist wieder Gläubiger oder Eigentümer. Er kann gegenüber dem Fiduziar die Vindikationsklage anstellen und, wenn dieser die Sache unbefugt veräussert hat, auch gegenüber dem Dritten, der in Kenntnis der Resolutivbedingung die Sache erworben hat, die Klage auf Herausgabe der Sache anstellen.

Diese Theorie schliesst sich im Prinzip der Auffassung an, dass der Fiduziar infolge der Rechtsübertragung Rechtsträger werde und diese Stellung auch gegenüber dem Fiduzianten einnehme (Theorie der vollen Rechtsübertragung).

Es dürfte jedoch verfehlt sein, jedes fiduziarische Rechtsgeschäft als resolutiv-bedingt ansehen zu wollen. Davon scheiden alle diejenigen Geschäfte aus, wo der Fiduziar die übertragenen Rechte an einen Dritten herausgeben soll oder wo er solche als indirekter Stellvertreter im Auftrage des Fiduzianten vom Dritten erworben hat. Diese Theorie kann nur auf Fälle Anwendung finden, wo der Fiduziar die Rechte

[1]) Diese Auffassung ist von Schultze in seiner «langobardischen Treuhand» vertreten worden.

vom Fiduzianten übertragen erhielt. Aber auch in diesem Fall ist eine solche allgemeine Annahme nicht am Platze. Es ist vielmehr auf die Willenserklärungen der Parteien bei Vertragsschluss abzustellen. Im Zweifel würde ich eine auflösende Bedingung nicht annehmen, da diese für das fiduziarische Rechtsgeschäft nicht charakteristisch ist. Sprechen die Parteien selbst von einer Rückübertragung, so liegt keine Resolutivbedingung vor.

Es muss auch daran erinnert werden, dass gewisse Geschäfte eine Bedingung nicht ertragen: z. B. die Ausstellung einer Gült oder eines Schuldbriefes sowie der Grundbucheintrag.

Immerhin verhält es sich nicht so, wie Aeby[1]) schreibt, dass bei Annahme der Theorie von Schultze die Grundlage, die fiducia, des Rechtsgeschäfts wegfalle. Am Charakter des fiduziarischen Rechtsgeschäfts ändert die Resolutivbedingung nichts, weil der Fiduziar trotzdem eine über den Zweck des Geschäfts hinausgehende Rechtsmacht erhält.

4. Die Auffassung von Gerstle und Gubler[2])

Beide versuchen nach eingehenden Erörterungen über den Rechtsgrund nachzuweisen, dass das fiduziarische Rechtsgeschäft immer einen Mangel im Rechtsgrund aufweise. Sie gehen davon aus, dass die volle Rechtsübertragung durch den von den Parteien beabsichtigten wirtschaftlichen Zweck nicht gerechtfertigt sei. Die fiduziarische Vereinbarung wolle schon in ihrem begründenden Teil die Wirkung des Zuwendungsgeschäfts vernichten. Sie zeige den eigentlichen Parteiwillen, der nicht auf eine volle Rechtszuwendung gerichtet sei, sondern gerade deren Beschränkung bezwecke. Das pactum fiduciae trage in sich einen Widerspruch und sei deshalb ungeeignet, als causa (Rechtsgrund) für das Zuwendungsgeschäft zu dienen.

Die Vorteile dieser Konstruktion sind bestechend: Da für das Zuwendungsgeschäft kein Rechtsgrund vorliegt, kann

[1]) Aeby 167/168.
[2]) Vgl. Gerstle 98 und Gubler 158.

sich der Fiduziant jederzeit auf diesen Mangel berufen. Der Fiduziar könnte nie guten Glauben vorschützen, denn er müsste ja wissen, dass die fiduziarischen Rechtsgeschäfte immer mit einem solchen Mangel behaftet sind. Der Fiduziant hätte gegenüber dem Fiduziar ein Vindikationsrecht und in dessen Konkurs ein Aussonderungsrecht, denn er bleibt Eigentümer. Den mangelnden Rechtsgrund kann er auch gegenüber dem bösgläubigen Dritten geltend machen, während zugleich der gutgläubige Erwerber geschützt ist.

Diese Theorie ist schon bei der Behandlung der Frage, ob sowohl kausale als auch abstrakte Rechtsgeschäfte für das Zuwendungsgeschäft taugen, diskutiert worden. Ich habe festgestellt, dass die fiduziarische Vereinbarung einen genügenden Rechtsgrund für die nachfolgende Zuwendung abgebe, weil sie aus einem begründenden und einem vernichtenden Teil besteht. Dies um so mehr, als dem Verpflichtungsgeschäft meistens ein richtiger Vertrag (Auftrag), wie ihn das Gesetz kennt, zugrunde liegt [1]). Das fiduziarische Rechtsgeschäft muss deshalb als gültige Handlungsform bezeichnet werden, solange kein vom Gesetz verpönter Erfolg erreicht wird.

Wäre die geschilderte Theorie richtig, so müsste jeweils beim Abschluss von fiduziarischen Rechtsgeschäften am ernstlichen Willen der Parteien gezweifelt werden, überhaupt eine Rechtswirkung herbeizuführen. Die Vereinbarung erschiene zugleich als simuliert, denn sie müssten wissen, dass das fiduziarische Rechtsgeschäft zum vornherein ungültig ist.

Es ist nicht zweifelhaft, dass der wirtschaftliche Zweck das fiduziarische Rechtsgeschäft nicht erfordert. An Stelle einer Sicherungsübereignung z. B. würde eine Verpfändung genügen. Die Parteien überspannen jedoch den Bogen nicht umsonst. Sie verfolgen Nebenzwecke, die z. B. mit einer Verpfändung nicht erreicht werden können. Sie sind sich deshalb einig, dass nur eine volle Rechtsübertragung allen beabsichtigten Zwecken gerecht werden kann. Diese ist ernstlich ge-

[1]) Vgl. das unter § 2 V Ziff. 2 und 3 Ausgeführte.

wollt, und es besteht auch die Meinung, dass das Rechtsgeschäft unter den Parteien wirken soll. Es fehlt deshalb auch nicht am rechtsgeschäftlichen Willen.

Wohl hätte der Fiduziant unter Umständen einen Vindikationsanspruch gegenüber dem Fiduziar. Er dürfte aber in den wenigsten Fällen grosse Dienste leisten, denn gerade bei der Veräusserung des anvertrauten Gutes versagt die Vindikation, auch gegenüber dem Dritten, dem der böse Glaube jeweils schwer nachzuweisen sein dürfte. Dem Fiduzianten bleibt in diesen Fällen nur ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung, der durch Zeitablauf oder durch Untergang der Bereicherung leicht verloren werden kann.

Demgegenüber sind die Vorteile bei einer Annahme der Gültigkeit des fiduziarischen Rechtsgeschäfts und der vollen Rechtsübertragung doch noch günstiger. Der Fiduziant kann seine Ansprüche mit dem Verpflichtungsgeschäft begründen und hat bei Nichterfüllung Anspruch auf Leistung von Schadenersatz, wobei die Beweisfrage keine grosse Schwierigkeit bietet.

Die Theorie Gerstles ist ferner auf alle diejenigen Fälle nicht anwendbar, wo beim Erwerb der durch den Fiduziar zu verwaltenden Rechte ein Dritter mitwirkt.

Das Bundesgericht hat sich nie mit einer solchen Annahme befasst. Würde sie in die Praxis aufgenommen, so würde dies die Sanktionierung von Rechtsgeschäften ohne Rechtsgrund bedeuten, denn der Verkehr würde die eingebürgerte Form der fiduziarischen Rechtsgeschäfte kaum fahren lassen. Die Konstruktion ist daher der Rechtssicherheit abträglich, und die fiduziarischen Vereinbarungen müssten geradezu verboten werden.

5. Die Theorie des vollen Rechtserwerbs

Nachdem nachgewiesen worden ist, dass die fiduziarische Vereinbarung ein gültiger Rechtsgrund für das Zuwendungsgeschäft ist, so muss auch angenommen werden, dass dieses seine volle Wirksamkeit entfaltet. Gegenüber dem Ver-

pflichtungsgeschäft, das in seinem negativen Teil das zugewendete Recht einschränken will, ist das Zuwendungsgeschäft stärker und wirkt geradezu *dinglich*[1]). Die Rechtsübertragung muss sich als stärker erweisen als eine obligatorische Verpflichtung des Fiduziars, die Rechtsmacht nur nach den Weisungen des Fiduzianten oder dem Zweck entsprechend zu gebrauchen. Sie hat einen absoluten Charakter und lässt sich nicht teilen — sofern das Gesetz nicht eine Teilübertragung vorgesehen hat —, wie das andere Theorien nachzuweisen versuchen. Das Zuwendungsgeschäft entwickelt seine volle Wirkung nicht nur im Verhältnis gegenüber Dritten, sondern auch zwischen Fiduziant und Fiduziar. Goltz[2]) ist sogar der Ansicht, dass von einem fiduziarischen Rechtsgeschäft nur dann die Rede sein könne, wenn die Parteien das Rechtsgeschäft auch unter sich wirken lassen wollen wie gegenüber Dritten. Gerade dadurch unterscheidet sich das fiduziarische Rechtsgeschäft von der Simulation[3]).

Diese Auffassung war auch die herrschende Meinung im gemeinen Recht und ist ebenfalls diejenige des Bundesgerichts[4]). Sie entspricht unserm Rechtssystem und lässt einen klarern Überblick über die wirkliche Rechtsstellung des Fiduzianten und Fiduziars zu.

Es lässt sich natürlich einwenden, die Rechtsstellung des Fiduziars sei viel zu stark und dem Fiduzianten blieben nur geringe Hilfsmittel zur Verfügung, um der Allmacht des Fiduziars entgegenzutreten. Dies ist jedoch gerade für die fiduziarischen Rechtsverhältnisse charakteristisch. Die Grundlage dieser Rechtsgeschäfte wird eben durch das Vertrauen gebildet. Über die rechtliche Regelung entscheidet nicht das Bedürfnis des Verkehrs, sondern die gesetzliche Ordnung.

Das Rechtsverhältnis zwischen Fiduziant und Fiduziar wird einerseits durch das Zuwendungsgeschäft, anderseits

---

[1]) BGE *31*[2] 110.
[2]) S. daselbst 25.
[3]) Vgl. § 2 IV Ziff. 2.
[4]) BGE *31*[2] 109 ff., *34*[2] 757, *39*[2] 814, *54*[2] 438, *58*[2] 165.

hauptsächlich durch die fiduziarische Vereinbarung beherrscht. Die Rechtszuwendung ist ein Veräusserungsgeschäft, wodurch eine Vermögensverschiebung vom Vermögen des Fiduzianten in dasjenige des Fiduziars stattfindet, und zwar auch dann, wenn der Fiduziar das Recht von einem Dritten erwerben muss, denn regelmässig werden die Mittel hiezu vom Fiduzianten zur Verfügung gestellt. Der Fiduziant hat sich deshalb aller Mittel für die unmittelbare Einflussnahme auf das in den Händen des Fiduziars befindliche Rechtsgut entblösst.

In der fiduziarischen Vereinbarung lässt sich daher der Fiduziant vom Vertragspartner versprechen, das anvertraute Rechtsgut nur nach seinen Weisungen oder dem Zweck entsprechend zu gebrauchen und es nach Erreichung des Zwecks an den Fiduzianten oder an den Dritten herauszugeben. Diese Vereinbarung kann unter verschiedene Vertragsarten subsumiert werden:

Bei den *reinen* fiduziarischen Rechtsgeschäften liegt ein Auftrag oder ein auftragähnlicher Vertrag vor, auf welchen die betreffenden Gesetzesbestimmungen Anwendung finden. Auch der Dienstvertrag kann als Grundlage dienen. Gerstle hat jedoch Bedenken, und er nimmt an, dass der Dienstvertrag mit dem fiduziarischen Rechtsgeschäft wenig zu tun habe und dass regelmässig ein selbständiger Auftrag daneben trete. Wegen der grossen Abhängigkeit vom Dienstherrn sei der fiduziarische Charakter des Geschäfts in Frage gestellt. Ich glaube aber, dass sich der Dienstvertrag als Verpflichtungsvertrag eignet, denn vom Auftrag unterscheidet er sich nur durch das zeitliche Moment. Die Sorgfaltspflichten im Auftragsrecht richten sich auch nach den Regeln über den Dienstvertrag Art. 398[1] OR. Trotz der Abhängigkeit vom Dienstherrn ist der Dienstpflichtige (Fiduziar) Eigentümer oder Gläubiger und verwaltet eine *überschiessende* Rechtsmacht.

Wird in der fiduziarischen Vereinbarung bestimmt, dass der Fiduziar nach Erreichung des Zwecks das Recht an einen

Dritten übertragen soll, so liegt ein Vertrag zugunsten Dritter vor; es kann ein echter oder unechter sein. Als Verpflichtungsvertrag kann man sich auch einen Verlagsvertrag vorstellen, sofern durch das Zuwendungsgeschäft das ganze Urheberrecht übertragen wird. Das gleiche gilt für den Lizenzvertrag, wenn nicht nur ein Teilrecht des Patentes, sondern das Vollrecht übertragen wird. Der Werkvertrag ist selten, weil vom Fiduziar meistens keine Arbeitsleistung verlangt wird, im Gegenteil. Hingegen kann der Gesellschaftsvertrag die Grundlage bilden. Es frägt sich, ob hier nicht auch ein Auftrag vorliegt, wenn einem Gesellschafter ein Vollrecht übertragen wird, um darüber im Sinne des Gesellschaftszweckes verfügen zu können.

Für die Feststellung der Pflichten des Fiduziars und der Rechte des Fiduzianten muss deshalb auch bei reinen Geschäften das fiduziarische Verpflichtungsgeschäft herangezogen werden. Soll die Rechtsstellung des Fiduziars und des Fiduzianten bezüglich des übertragenen Rechts festgestellt werden, so ist das Zuwendungsgeschäft massgebend.

Bei der Beurteilung der *gemischten* fiduziarischen Rechtsgeschäfte bieten sich besondere Schwierigkeiten, weil der Fiduziar das übertragene Recht nicht nur in fremdem, sondern auch in eigenem Interesse ausübt und sich deshalb die Verpflichtung aus der fiduziarischen Vereinbarung nicht ohne weiteres ergibt. Die meisten Fälle der gemischten fiduziarischen Rechtsgeschäfte bestehen in der Sicherungsübereignung von Sachen oder Inhaberpapieren und der Zession von Forderungen sicherungshalber. Diese Geschäfte werden aus irgendwelchen Gründen, die jedoch keine unerlaubte Gesetzesumgehung bezwecken dürfen, an Stelle der Begründung eines Pfandrechts vorgezogen. Der Fiduziar hat die gleichen Interessen wie der Pfandgläubiger, nur dass sich seine Rechtsstellung dank der vollen Rechtsübertragung unabhängiger gestaltet. Während für die Beurteilung der tatsächlichen und rechtlichen Verfügungsmacht des Fiduziars das Zuwendungsgeschäft herangezogen werden muss, so ist

für die Prüfung der Verantwortung des Fiduziars gegenüber dem anvertrauten Rechtsgut das Pfandrecht massgebend.

Es ist auch möglich, dass mit der vollen Rechtsübertragung eine Gebrauchsleihe oder Miete bezweckt wird. Ohne hier vollständig in der Aufzählung der Anwendungsfälle zu sein — denn die Verschiedenartigkeit der fiduziarischen Rechtsgeschäfte erlaubt dies nicht —, kann festgestellt werden, dass der Zweck der Rechtszuwendung aus der fiduziarischen Vereinbarung hervorgeht und dass sich das Rechtsverhältnis zwischen Fiduziant und Fiduziar betreffend die Behandlung und die Verantwortlichkeit gegenüber dem anvertrauten Rechtsgut immer nach dem der tatsächlichen Interessenlage entsprechenden Recht bestimmt. Der Fiduziant kann jedoch seine Ansprüche nicht wie ein Verpfänder, Vermieter oder Auftraggeber durchsetzen, weil er nicht wie diese Rechtsträger ist, denn er hat sich durch das von ihm vorgenommene Zuwendungsgeschäft seines Rechts begeben. So wird er auch gegenüber einem bösgläubigen Dritten, der den anvertrauten Gegenstand vom Fiduziar erworben hat, nicht vindizieren können.

Sowohl für das reine wie für das gemischte fiduziarische Rechtsgeschäft gilt, dass diejenigen Gesetzesnormen auf die fiduziarische Vereinbarung analog Anwendung finden, deren Umgehung gerade bezweckt worden ist, sofern sich die Rechtslage, die durch das Zuwendungsgeschäft geschaffen worden ist, nicht als stärker erweist. Dies ist auch für die Parteien vorteilhaft: Der Fiduziar ist Rechtsträger und besitzt die damit verbundenen Befugnisse, ist jedoch gegenüber dem Fiduzianten nach den Bestimmungen des übersprungenen Instituts haftbar.

Man muss deshalb immer genau untersuchen, ob es sich um eine Rechtsfrage handelt, die das übertragene Recht unmittelbar, oder ob sie nur die persönliche Verpflichtung des Fiduziars betrifft. In jenem Fall ist die durch die volle Rechtsübertragung geschaffene Rechtslage immer stärker.

II. Die Rechtsstellung des Fiduziars

Der Rechtserwerb des Fiduziars hat die normalen Wirkungen: er wird Eigentümer, Gläubiger etc. Das übertragene Recht geht in sein Vermögen über. Er hat die dem Rechtsträger zukommende Verfügungsmacht und kann die erworbenen Rechte veräussern oder belasten oder sonstwie darüber verfügen, auch dann, wenn er die ihm abgenommene Verpflichtung verletzt.

Beim Tod des Treuhänders fällt das Gut durch Gesamtnachfolge an dessen Erben. Bei den reinen fiduziarischen Rechtsgeschäften, sofern Auftrag oder Dienstvertrag vorliegt, kann der Tod einen Beendigungsgrund für das fiduziarische Rechtsverhältnis bilden. Das ändert aber am Übergang des anvertrauten Rechtsguts an die Erben gar nichts. Diese sind dann, ebenso wie der Fiduziar, obligatorisch verpflichtet, das Recht rückzuübertragen, welche Verpflichtung sie auch durch Gesamtnachfolge übernehmen. Weil das Vertrauen die Grundlage für die fiduziarischen Rechtsgeschäfte bildet, so muss eine solche Beendigung bei den reinen Geschäften im Zweifel immer angenommen werden. Bei den gemischten muss jeweils untersucht werden, ob die persönliche Rechtsausübung für die Rechtsübertragung wesentlich war. Dies wird z. B. bei einer umgangenen Gebrauchsleihe der Fall sein, während dieses Moment bei den Sicherungsgeschäften weniger wichtig erscheint, so dass die Erben die Stelle des verstorbenen Fiduziars übernehmen.

Aus dem Vertrauensverhältnis und aus der fiduziarischen Vereinbarung ergibt sich die Pflicht, das anvertraute Recht *sorgfältig* zu verwalten, und, wenn es sich um eine Sache handelt, für eine fachgemässe Verwahrung besorgt zu sein. Er hat alle Massnahmen zu treffen, die das Recht erhalten.

Da der Fiduziar Rechtsträger ist, so würde ihm auch der Nutzen zufallen. Er übt jedoch das Recht in fremdem Interesse aus, so dass er den Nutzen an den Fiduzianten herauszugeben hat oder nach dessen Bestimmung einem Dritten

zukommen lassen muss. Eventuell kann er die Erträgnisse mit seinen eigenen Ansprüchen (notwendige Auslagen für Rechts- oder Sacherhaltung, Kommission und Honorar) gegenüber dem Fiduzianten verrechnen. Die Frage, wem der Nutzen zukommt, beurteilt sich immer nach der fiduziarischen Vereinbarung. Der Fiduziant hat keinen dinglichen Anspruch auf Aushändigung, sondern nur einen obligatorischen, denn als Rechtsträger erwirbt der Fiduziar auch den Nutzen aus eigenem Recht.

Die Frage der Gefahrstragung muss nach den gleichen Grundsätzen beurteilt werden. Prinzipiell trägt der Fiduziar die Gefahr. Das mag für den von ihm verschuldeten Schaden gerechtfertigt sein. Die Zufallshaftung wird er in der Regel nicht übernehmen können, er verwaltet ja in fremdem Interesse, welches jedoch immer überwiegen muss. Der Fiduziar hat auf jeden Fall die Zufallshaftung zu übernehmen, wenn er die Sache zweckwidrig verwendet oder unbefugt veräussert. Wird der Schaden durch Dritte verursacht, so ist es seine Pflicht, die Interessen des Fiduzianten wahrzunehmen und den Dritten auf Ersatz des Schadens zu belangen.

In Prozessen, die sich auf das ihm anvertraute Recht beziehen, ist der Fiduziar Partei. Das Urteil wirkt für und gegen ihn. Er hat den Prozess mit aller Sorgfalt zu führen. Da er zur Sache legitimiert ist, kann er auch den Abstand erklären oder Vergleiche abschliessen. Diese Handlungen sind ebenfalls gegenüber dem Fiduzianten gültig. Der Fiduziar tut aber gut daran, seinen Vertragspartner laufend zu konsultieren oder, wenn möglich, ihm den Streit zu verkünden, um sich gegenüber allfälligen Schadenersatzklagen des Fiduzianten zu decken. Dieser Anspruch stützt sich auf das Versprechen des Fiduziars, das übertragene Recht nach Weisungen des Fiduzianten oder nach dem abgemachten Zweck auszuüben. Art. 97 ff. 398 OR.

Wenn dem Fiduziar Vermögen übertragen worden ist, was im schweizerischen Recht nur durch Übertragung der Einzelrechte und durch Übernahme der einzelnen Schulden

möglich ist, so haftet er mit seinem ganzen persönlichen Vermögen für die übernommenen Schulden und nicht nur mit den übertragenen Vermögensrechten. Wenn die übertragenen Werte die bezahlten Schulden nicht decken, so hat der Fiduziar gegenüber dem Fiduzianten ein Rückgriffsrecht unter der Voraussetzung, dass er die mangelnde Deckung nicht selbst verschuldet hat (z. B. durch fahrlässige Verwertung von Wertpapieren etc.).

Da das Vertrauen die Grundlage der fiduziarischen Rechtsgeschäfte ist, muss angenommen werden, dass der Fiduziar zur höchstpersönlichen Rechtsausübung verpflichtet ist. Art. 398^3 OR.

Bei den reinen fiduziarischen Rechtsgeschäften ist der Fiduziant berechtigt, Weisungen zu erteilen, und selbst durch Widerruf den Untergang des Rechtsverhältnisses herbeizuführen. Ist hingegen der Fiduziar Mitinteressent, so sind Auftragsgrundsätze nur beschränkt anwendbar. Instruktionen des Fiduzianten sind nur soweit zu berücksichtigen, als dies mit dem Geschäftszweck vereinbar ist. Bei Geschäften z. B., deren Hauptzweck die Sicherung des Fiduziars bildet, darf nicht angenommen werden, dass der Fiduziant zu solchen nachträglichen Weisungen berechtigt ist. Der Fiduziar hat sich in diesem Falle in der Rechtsausübung an den vereinbarten Zweck zu halten.

III. Die Rechtsstellung des Fiduzianten

Durch die Zuwendung hat sich der Fiduziant seines Rechts begeben. Er hat die Stellung eines Verkäufers, Zedenten oder eines Schenkers. Er hat keine unmittelbaren Einwirkungsmöglichkeiten mehr auf das dem Fiduziar übertragene Rechtsgut.

Seine Rechte basieren allein auf der fiduziarischen Vereinbarung.

Er hat eine *persönliche* Forderung an den Fiduziar, die auf zweckgemässe Verwendung des Rechts und auf Herausgabe an ihn oder einen Dritten hinausgeht. Daraus erhellt

die Hilflosigkeit des Fiduzianten gegenüber der Allmacht des Fiduziars. Dieser *kann alles*, obschon er *nicht alles darf*. Der Fiduziant hat bei zweckwidriger Rechtsausübung oder Veräusserung durch den Fiduziar nur eine Forderung auf Schadenersatz, ebenfalls bei Verweigerung der Rückgabe nach erreichtem Zweck oder bei Widerruf, sofern dieser zulässig ist. Dieser Anspruch entsteht wegen nicht richtiger Erfüllung des Vertrages nach Art. 98 ff., wobei die fiduziarische Vereinbarung als Grundlage dient.

Ist die Rechtsübertragung unter einer auflösenden Bedingung erfolgt, so stellt sich die Rechtslage des Fiduzianten wenigstens nach Beendigung des Verhältnisses als besser dar. Weil dem Eintreffen der Resolutivbedingung nach der heute herrschenden Rechtsanschauung dingliche Wirkung zukommt, wird der Fiduziant ipso iure wieder Rechtsträger (Eigentümer, Gläubiger), und er kann die Sache bei Verweigerung der Rückgabe durch den Fiduziar vindizieren, vorausgesetzt, dass dieser das Rechtsgut nicht an einen gutgläubigen Dritten veräussert hat. In diesem Falle hat der Fiduziant nur noch eine Forderung aus ungerechtfertigter Bereicherung.

Der Fiduziant hat die gleichen Ansprüche, wenn das Zuwendungsgeschäft eines Rechtsgrundes entbehrt, sei es, weil er nie vorhanden war oder nachträglich wegfiel, sei es, dass die fiduziarische Vereinbarung oder das Zuwendungsgeschäft, wenn dieses mit einem Dritten abgeschlossen worden ist, einseitig unverbindlich geworden ist[1]).

Ein weitergehender Schutz ist wegen der vollen Rechtsübertragung nicht möglich, um die unbefugte Rechtsverwendung durch den Fiduziar wirksam zu verhindern. Eine Teilung des Eigentums ist im schweizerischen Recht nicht denkbar. Hingegen ist es möglich, dass sich der Fiduziant vom Fiduziar die Einräumung von beschränkten dinglichen Rechten versprechen lässt, wie z. B. die Nutzniessung, das Wohnrecht, ein Pfandrecht.

[1]) S. meine Ausführung unter § 2 V Ziff. 3 3. Absatz.

Diesen Rechten stehen die Verpflichtungen des Fiduzianten gegenüber. Er ist verpflichtet, dem Fiduziar das versprochene Rechtsgut zu überlassen. Bei der Zession sicherungshalber haftet er für den Bestand der Forderung zur Zeit der Abtretung. Die Inkassozession dagegen kann nicht als entgeltlich gelten, weshalb der Zedent nicht für den Bestand der Forderung haftet. Er hat ferner das versprochene Entgelt zu entrichten, Auslagen und Verwendungen samt Zinsen, allfälligen Schaden, der dem Fiduziar durch das anvertraute Gut bei dessen Verwaltung entstanden ist, sofern dieser ihn nicht selbst verursacht, zu ersetzen. Der Fiduziar hat für diese Ansprüche ein Retentionsrecht (Art. 82 OR in Verbindung mit Art. 895 ff. ZGB).

Eine besondere Frage ist es, ob der Fiduziant im Besitze des übertragenen Gutes bleiben kann oder ob bei Abtretungen die Vereinbarung zulässig sei, dass die Mitteilung an den Schuldner unterbleiben soll. Man wird diese Frage nicht ohne weiters mit Ja oder Nein beantworten können. Dem fiduziarischen Rechtsgeschäft ist wesentlich, dass die Rechtsübertragung von den Parteien ernstlich herbeigeführt werden will. Es ist deshalb bei der Prüfung der beiden Fragen jeweils zu untersuchen, ob die Parteien das Zuwendungsgeschäft auch wirklich wollen oder ob ein Tatbestand der verbotenen Umgehung vorliegt. (Vgl. Art. 717 ZGB.) Insbesondere wird die Ernsthaftigkeit in Frage gestellt, wenn dem Fiduziar verboten wird, die erfolgte Abtretung dem Schuldner mitzuteilen, denn zur Ausübung seiner Gläubigerrechte ist dies unumgänglich. Immerhin ist an und für sich für die Abtretung eine solche Mitteilung nicht wesentlich. Aber die Fälle sind ziemlich häufig, wo der Fiduziant kein Interesse hat, dass eine Mitteilung erfolgt. Dieses Verbot muss als zulässig erachtet werden, wenn die Parteien den Rechtsübergang herbeiführen wollen. Sonst muss Simulation angenommen werden.

IV. Wirkungen gegenüber Dritten

Da Dritten die Vertrauensstellung des Fiduziars meistens nicht erkennbar ist, so könnte die Rechtssicherheit als gefährdet erscheinen. Je mehr dem Schutzbedürfnis des Fiduzianten entsprochen wird, wie dies durch verschiedene Theorien versucht worden ist, desto mehr läuft der Dritte Gefahr, Schaden zu nehmen. Die bei uns geltende Auffassung der vollen Rechtsübertragung lässt jedoch eine solche Gefahr in concreto nicht entstehen.

Als Dritter ist jeder zu betrachten, der nicht bei der fiduziarischen Vereinbarung Partei ist. Bei der Abtretung ist auch der Schuldner als Dritter anzusehen.

Da der Fiduziar wirklicher Rechtsträger wird, so hat der Dritte auch dann keinen Anlass, am rechtsgültigen Erwerb zu zweifeln, wenn er die causa fiduciae kennen sollte. Der Dritte erwirbt eben von einem Gläubiger oder Eigentümer. Der Schutz für den gutgläubigen Dritten findet hier nur in besonderen Fällen Anwendung, denn er ist schon durch den Rechtsschein geschützt. Der besondere Schutz kommt dann in Frage, wenn der Dritte ein Recht vom Fiduziar erwirbt, das diesem ohne Rechtsgrund übertragen worden war und der Dritte von diesem Mangel nichts wusste oder wissen konnte. Kannte der Dritte die fiduziarische Vereinbarung, so ist er trotzdem nicht bösgläubig im Sinne des Rechts, denn das erworbene Rechtsgut gehörte dem Fiduziar zu eigen. Der Fiduziant kann deshalb vom Dritten nichts herausverlangen. Es kommt höchstens eine Schadenersatzklage aus unerlaubter Handlung auf Grund von Art. 41^{2} OR in Frage. Dieser Anspruch konkurriert allerdings mit der Schadenersatzforderung gegen den Fiduziar wegen Vertragsbruch.

Bei der Inkassozession ist zu beachten, dass der Schuldner gemäss Art. 169^{1} OR Einreden aus der Person des Fiduzianten vorbringen kann und dass er die Möglichkeit hat, eventuelle Ansprüche gegen den Fiduziar zur Verrechnung zu bringen, was bei einer einfachen Inkassovollmacht nicht der Fall ist. Liegt dem Vollindossament eines Wechsels ein In-

kassomandat zugrunde, so kann der Wechselschuldner normalerweise nur diejenigen Einreden entgegenhalten, die aus dem Wechsel selbst hervorgehen oder die ihm gegen den Indossataren (Fiduziar) zustehen. Zusätzlich kann er die Einrede der Arglist erheben, wenn sich der Erwerb des Fiduziars als dolos erweist. Der dolose Erwerb wird schon dann angenommen, wenn es sich um einen Wechsel handelt, von dem der Fiduziar weiss, dass dem Besitzer ein Einwand entgegensteht, der ihm die Durchsetzung seiner Forderung unmöglich macht [1]).

Das fiduziarische Rechtsgeschäft wird oft dazu verwendet, um das übertragene Vermögensrecht dem Zugriff der Gläubiger zu entziehen. Solche Geschäfte können nicht als simuliert gelten, denn sie sind meistens ernst gemeint. Sie sind auch nicht nach OR Art. 20 nichtig, weil das Gesetz die Benachteiligung der Gläubiger nicht als rechtswidrig oder als Verstoss gegen die guten Sitten ahndet. Die Gläubiger sind vorläufig auch nicht geschädigt, da sie ja den obligatorischen Rückgabeanspruch pfänden können, sofern er eben besteht. Ist dies nicht der Fall oder sind erschwerende Bedingungen an die Rückgabe geknüpft, so besteht natürlich immer die Möglichkeit, die Zuwendung nach Art. 285/286 SchKG anzufechten [2]). In jedem Fall ist zu prüfen, ob Rechtsmissbrauch, unerlaubte Gesetzesumgehung oder Simulation vorliegt.

V. Betreibungsrechtliche Wirkungen

1. Wirkung der Betreibung auf Pfändung und der Konkurseröffnung gegen den Fiduziar

Der Fiduziar erwirbt durch das fiduziarische Rechtsgeschäft das übertragene Rechtsgut zu vollem Eigenrecht. Diese Stellung hat er auch gegenüber dem Fiduzianten inne. Die fiduziarisch übertragenen Rechte sind als zum Vermögen des Fiduziars gehörig zu betrachten, können bei den Betrei-

[1]) BGE *54*[2] 41; Art. 1007 OR.
[2]) v. Tuhr, OR Allg. Teil 196.

bungen gegen diesen gepfändet und in dessen Konkursmasse einbezogen werden.

Ein Aussonderungsrecht besitzt der Fiduziant nicht, denn er besitzt gegenüber dem Fiduziar keine dinglichen Ansprüche, sondern nur obligatorische, die sich auf das Verpflichtungsgeschäft stützen[1]).

Der Fiduziar übt das übertragene Recht auf fremde Rechnung aus. Wirtschaftlich soll er keinen Genuss am übertragenen Rechtsgut haben. Es ist deshalb versucht worden, das fiduziarisch übertragene Eigentum als aussonderungsberechtigt zu erklären, mit der Begründung, dass der eigentliche Eigentümer nicht der Fiduziar, sondern der Fiduziant sei. Nach dieser Auffassung zerfällt das Eigentum in ein Rechtsverhältnis nach innen (Verhältnis zwischen Fiduziant und Fiduziar) und in ein solches nach aussen (Verhältnis zwischen Fiduziar und Dritte). Der Fiduziar hätte daher gegenüber dem Fiduzianten kein Eigentum[2]).

Zweifellos entspricht eine solche Annahme dem Bedürfnis des Verkehrs. Jedoch würde sie nach meiner Ansicht den Missbrauch der fiduziarischen Rechtsgeschäfte fördern. Es nützt nichts, ein Verhältnis nach innen und nach aussen zu unterscheiden; denn für die Beurteilung des Aussonderungsrechts ist einzig die Rechtsstellung des Fiduziars nach aussen, d. h. gegenüber Dritten, massgebend[3]). Gerade in dieser Beziehung tritt er als Eigenberechtigter auf, so dass kein Anlass besteht, ein Aussonderungsrecht eines Dritten anzunehmen. Ferner darf daran erinnert werden, dass die Parteien die Rechtsübertragung ernst meinen, was für das fiduziarische Rechtsgeschäft typisch ist.

Das Aussonderungsrecht ist eine Ausnahmeordnung, die nicht extensiv interpretiert werden darf. Ebenfalls muss die Annahme als unrichtig erscheinen, wonach die Konkursmasse

---

[1]) BGE *39*[2] 809, *43*[3] 342.

[2]) W. Stauffacher 20 ff.; Kohler, Leitfaden 118; Ernst Jäger, Komm zur deutschen Konkursordnung § 43 N. 38.

[3]) Jaeger, Komm zum SchKG Art. 197 N. 4 C E.

nicht mehr Rechte als der Schuldner selbst beanspruchen dürfe. Der Konkurs begründet selbständige Beschlagsrechte der Gläubiger und bewirkt keine Rechtsnachfolge derselben in das Vermögen des Schuldners[1]).

Wurde die Rechtsübertragung unter einer auflösenden Bedingung vorgenommen, so muss ein Aussonderungsrecht zugestanden werden, weil das Rechtsgut nach Eintreffen der Bedingung ipso iure in die Vermögensmasse des Fiduzianten zurückfällt. Ist der Anspruch zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht fällig, d. h. die Bedingung noch nicht eingetroffen, so gehört der Gegenstand zur Konkursmasse des Fiduziars und er wird auch verwertet. Beim Eintreten der Bedingung hat der Fiduziant nur noch eine Konkursforderung, die wie eine andere behandelt wird.

Ist im Verpflichtungsvertrag die Rückgabe der fiduziarisch übertragenen Sache nach Erfüllung des Zwecks vereinbart worden, so hat der Fiduziant einen obligatorischen Anspruch auf Rückübertragung. Wenn dieser Anspruch bei Konkurseröffnung fällig ist, so wird er als Realanspruch gemäss Art. 211 SchKG in eine Geldforderung von entsprechendem Werte umgewandelt. Hatte der Schuldner (Fiduziar) schon vor Konkurseröffnung diese Verpflichtung nicht erfüllt, so dass er gemäss Art. 97 OR Schadenersatz leisten müsste, so kann der Schadensbetrag als Konkursforderung eingegeben werden.

Das Gesetz hat zwei Ausnahmevorschriften aufgestellt, durch welche in besonderen Fällen, wo dem Gläubiger normalerweise kein Aussonderungsrecht zukommen würde, ein solches gewährt wird:

a. Auf Grund von Art. 401 [2] OR kann der Fiduziant trotz Eigentumserwerb durch den Fiduziar, wenn dieser im eigenen Namen, jedoch auf Rechnung des Fiduzianten, eine bewegliche Sache erworben hat, die Aussonderung der betreffenden Sache aus der Konkursmasse verlangen, unter der Voraussetzung,

[1]) BGE *46* [2] 28.

dass er allen Verbindlichkeiten aus dem Auftragsverhältnis nachgekommen ist. Ausnahmsweise braucht er sich gar nicht auf diese Bestimmung zu berufen, wenn eindeutig nachgewiesen werden kann, dass der Beauftragte (Fiduziar) die bewegliche Sache wohl in eigenem Namen, aber auf Rechnung des Auftraggebers erworben hat, mit dem tatsächlichen Willen, nicht für sich, sondern für den Auftraggeber zu erwerben. In diesem Fall wird der letztere direkt Eigentümer, und der Fiduziar ist nur noch unselbständiger Besitzer[1]). Gewisse Indizien jedoch können diesen Willen, für den Auftraggeber zu erwerben, ausschliessen. So scheint mir gerade die fiduziarische Vereinbarung eine Tatsache zu sein, die darauf schliessen lässt, dass wenigstens vorläufig an einen solchen Eigentumsübergang nicht gedacht wird. Der Art. 401[3] OR hat den Vorteil, dass ein Rätselraten über das Vorhandensein eines solchen Willens des Fiduziars überflüssig ist. Maday[2]) ist der Ansicht, dass dieses Aussonderungsrecht für den Fiduzianten (Auftraggeber) nicht gelte, weil bei der indirekten Stellvertretung die vom Dritten erworbenen Rechte möglichst rasch an den Auftraggeber oder Vertretenen übertragen werden sollen. Diese Argumentation ist nicht ganz stichhaltig. Das Aussonderungsrecht wird eben gerade dann akut, wenn der Beauftragte die Sache schon längere Zeit in Händen hat und in Konkurs fällt. Überdies wäre schwer festzustellen, wie lange dem Auftraggeber und Fiduzianten das Aussonderungsrecht gewährt werden soll.

Diese Darlegungen gelten nur für Fälle, wo der Fiduziar die bewegliche Sache erst von einem Dritten erwerben musste, um dann nach Erreichung des fiduziarischen Zwecks die Sache an den Fiduzianten herauszugeben, und unter der weitern Voraussetzung, dass der Fiduziant alle Verbindlichkeiten aus der fiduziarischen Vereinbarung gegenüber dem

[1]) Oser, Komm OR Art. 401 N. 12 1494; v. Tuhr 312 alte Ausgabe.

[2]) Maday: fiduziarische Rechtsverhältnisse in der schweizerischen juristischen Kartothek Blatt 733 II.

Fiduziar resp. dessen Konkursmasse erfüllt hat. Ferner gilt dieser Artikel nur für die Aussonderung beweglicher Sachen, nicht aber für Liegenschaften[1]).

Hat der Fiduziar im Auftrage des Fiduzianten ein Forderungsrecht von einem Dritten auf eigenen Namen, aber auf Rechnung des Auftraggebers erworben, so kann gesetzliche Subrogation eintreten, sobald letzterer seinen Verbindlichkeiten gegenüber dem Beauftragten nachgekommen ist und der Zweck des fiduziarischen Rechtsgeschäfts diesen Übergang nicht ausschliesst. Letzteres dürfte z. B. dann der Fall sein, wenn der Fiduziant die Mittel zum Erwerb des Forderungsrechts vorgeschossen hat, in der fiduziarischen Vereinbarung aber abgemacht wurde, dass der Fiduziar das Recht zu Sicherungszwecken vorläufig behalten soll.

b. Eine weitere Ausnahme ist in Art. 201 SchKG festgelegt. Ist ein Inhaber- oder Orderpapier dem Gemeinschuldner durch fiduziarisches Rechtsgeschäft zum Inkasso oder als Deckung übergeben oder indossiert worden, so kann der Fiduziant die Aussonderung aus der Konkursmasse des Fiduziars verlangen. Als Ausnahmebestimmung darf dieser Artikel nicht erweiternd interpretiert werden[2]). Daraus kann auf keinen Fall ein allgemeines Aussonderungsrecht des Fiduzianten gelesen werden, im Gegenteil. Dass der Gesetzgeber es für nötig fand, ein besonderes Aussonderungsrecht vorzusehen, zeigt deutlich, dass er der Meinung ist, dass der Fiduziar voller Eigentümer der fiduziarisch übertragenen Rechte wird. Diese Rechtsstellung des Fiduziars wird also vermutet. Der Fiduziant muss daher beweisen, dass er die Papiere zwecks Inkasso oder Deckung übergeben oder indossiert hat. Das Aussonderungsrecht entfällt aber, wenn der Fiduziar das Inkasso schon vorgenommen hat und das erhaltene Geld mit dem eigenen vermischt ist. Der Fiduziant hat dann nur noch eine Konkursforderung. Hat der Drittschuldner Wert-

[1]) BGE *39*[2] 809.

[2]) Jaeger, Komm zum SchKG Art. 201 N. 3; Blumenstein, Handbuch 636.

papiere oder andere Sachen an Zahlungsstatt gegeben, so kann der Indossant gemäss Art. 401 [3] OR vindizieren [1]). Wenn die Einkassierung erst nach Konkurseröffnung stattgefunden hat, dann muss der Fiduziant direkt gegen den Fiduziar klagen.

Ist das Inhaber- oder Orderpapier dem Fiduziar als Deckung übergeben worden, so ist die Herausgabe an die Bedingung geknüpft, dass dieser noch keine Zahlungen vorgenommen hat, für die die Deckung gewährt worden ist.

Hat der Fiduziar die ihm zur Deckung übergebenen Inhaber- oder Orderpapiere verkauft, so wird der erwerbende Dritte Eigentümer. Art. 202 SchKG ist nicht anwendbar, da der Fiduziar keine fremde, sondern seine eigene Sache verkauft hat.

Bei den reinen fiduziarischen Rechtsgeschäften, deren Grundlage ein Auftrag bildet, bewirkt der Konkurs des Fiduziars deren Untergang, da die causa (fiduziarische Vereinbarung) weggefallen ist. Der Fiduziant kann deshalb die übertragene Sache vindizieren oder, wenn dies nicht mehr möglich ist, einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung als Konkursforderung im Konkurse des Fiduziars geltend machen.

2. Betreibung und Konkurseröffnung gegen den Fiduzianten

Die vom Fiduzianten übertragene Sache kann in einer Betreibung gegen diesen nicht gepfändet oder in die Konkursmasse einbezogen werden. Wird zwischen Fiduziant und Fiduziar im Verpflichtungsgeschäft die Rückgabe nach Erreichung des Zwecks vereinbart, so kann der betreibende Gläubiger diesen obligatorischen Rückgabeanspruch pfänden, jedoch niemals die vom Fiduzianten übertragene Sache selbst. Ausnahmen bestehen nur dann, wenn Schuldner (Fiduziant) wieder Eigentümer wird (Eintreffen einer Resolutivbedingung, Wegfallen des Rechtsgrundes; Art. 201 SchKG, Art. 401 [3] OR).

[1]) Daselbst N. 4.

Gerät der Fiduziant in Konkurs, so fällt der obligatorische Rückgabeanspruch in die Masse. Durch die Konkurseröffnung stehen den geschädigten Gläubigern auch die Anfechtungsklagen nach Art. 285 ff. SchKG zur Verfügung, sofern die vom Fiduzianten getätigten fiduziarischen Geschäfte Anfechtungsgründe aufweisen.

3. Die Entwicklung in Deutschland

In Deutschland haben sich die fiduziarischen Rechtsgeschäfte besser eingelebt als bei uns. Die juristische Doktrin befasste sich eingehend mit ihnen und insbesondere mit der Frage des Schutzes des Fiduzianten gegenüber den Gläubigern des Fiduziars. Durch verschiedene Konstruktionen, wie sie oben schon dargelegt worden sind, ist versucht worden, dem Fiduzianten das übertragene Gut in den Händen des Fiduziars zu erhalten. Insbesondere das Reichsgericht hat in einer reichen Praxis dem Fiduzianten zugebilligt, sich der Zwangsvollstreckung über das «Treugut» durch die Gläubiger des Fiduziars durch Widerspruch zu widersetzen und im Konkurs des Fiduziars die Aussonderung des Treuguts zu verlangen. Er konnte jedoch nur diejenigen Gegenstände aussondern, die er selbst dem Fiduziar übergeben hatte. Eine Surrogation findet nicht statt, wenn der Fiduziar das Treugut oder Teile davon mit Mitteln des Fiduzianten erwirbt. Die juristischen Konstruktionen, die teilweise zur Stützung dieses Aussonderungsrechts herbeigezogen worden sind, sind sehr gesucht. Sie laufen jedoch alle auf einen geteilten Eigentumsbegriff hinaus. Ein besonderer Nachteil besteht darin, dass die Verhältnisse zwischen Fiduziant und Fiduziar einerseits und zwischen Fiduziar und Dritten anderseits keine Klärung erfahren haben. S. meine Stellungnahme zu den Theorien.

VI. Untergangsgründe und Art der Beendigung des fiduziarischen Rechtsverhältnisses

Die meisten fiduziarischen Rechtsverhältnisse finden ihre Beendigung durch die Erreichung des vereinbarten Zwecks. Diese tritt z. B. bei der Sicherungsübereignung mit der Erfüllung der Verbindlichkeiten gegenüber dem Fiduziar und bei der Inkassozession durch die Bezahlung resp. Eintreibung ein.

Oft wird der Untergang auch dadurch herbeigeführt, dass das Verpflichtungsgeschäft aus irgendeinem Grunde *ungültig* (Simulation, Unsittlichkeit, Widerrechtlichkeit, Unmöglichkeit, Gesetzesumgehung, Rechtsmissbrauch) oder einseitig *unverbindlich* (Irrtum, Furcht, Drohung, absichtliche Täuschung, Übervorteilung) ist. Das Zuwendungsgeschäft entbehrt dadurch das Rechtsgrundes, und es entsteht ein Rückgabeanspruch des Fiduzianten. Hat er Sachen zu Eigentum übertragen, so kann er sie vindizieren; sind sie jedoch nicht mehr vorhanden, so hat er einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung.

Bei den reinen fiduziarischen Rechtsgeschäften, wo meistens ein Auftrag zugrunde liegt, bewirken auch die Beendigungsgründe des Auftragsrechts den Untergang des fiduziarischen Rechtsgeschäfts. Besonders sei darauf verwiesen, dass der Fiduziant die fiduziarische Vereinbarung widerrufen kann. Diese Widerruflichkeit kann eingeschränkt sein, wenn nicht nur der Auftraggeber, sondern auch Dritte interessiert sind[1]). So hat das Bundesgericht einen Anleihensvertrag zwischen Deutschland und der Bank für internationalen Zahlungsausgleich, in welchem letztere als Fiduziar und Treuhänder wirkte, nur beschränkt widerruflich erklärt, weil die Bank auch Interessen der Obligationäre zu vertreten habe und gegenüber dem Deutschen Reich eine freiere Stellung einnehme als ein einfacher Beauftragter.

Ist durch die Erreichung des fiduziarischen Zwecks der Rückgabeanspruch fällig geworden, so müssen die fiduzia-

[1]) BGE *62*[2] 144.

risch übertragenen Rechtsgüter an den Fiduzianten durch ein *neues Rechtsgeschäft* rückübertragen werden. Mit der Beendigung fällt daher das Treugut nicht ipso iure an den Fiduzianten zurück, weil der Fiduziar immer Eigenberechtigter geworden ist. Ausnahmen bestehen dort, wo die causa für das Zuwendungsgeschäft weggefallen ist oder wo es unter einer Resolutivbedingung vorgenommen worden ist. Diese rechtsgeschäftliche Rückübertragung kann der Fiduziant nur als persönliche Forderung gegenüber dem Fiduziar geltend machen. Bei Nichterfüllung entsteht ein Schadenersatzanspruch zugunsten des Fiduzianten.

Aus allen diesen Darlegungen geht hervor, dass jedes fiduziarische Rechtsgeschäft beim Eintreffen eines Untergangsgrundes einer besondern Erledigung bedarf.